العناية

شرح الهداية

تأليف

الإمام العلامة الشيخ أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود البابرتي الحنفي

المتوفى ٧٨٦ هـ سنة

وهو شرح على

الهداية شرح بداية المبتدي

في فروع الفقه الحنفي

لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني الحنفي

المتوفى ٥٩٣ هـ سنة

اعتنى به

أبو محروس عمرو بن محروس

الجزء الثالث

يحتوي على الكتب التالية:

التدبير - الاستيلاد - الأيمان - الحدود - السرقة - السير

اللقيط - اللقطة - الإباق - المفقود - الشركة - الوقف - البيوع





دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

بَابُ التَّدبِيرِ

(إذَا قَالَ المَولى لمَملُوكهِ إذ مِتُّ فأَنتَ حُرٌّ أو أنتَ حُرٌّ عَن دُبُرٍ مِنِّي أو أنتِ مُدَبَّرٌ أو قَد دَبَّرتُك فقَد صَارَ مُدَبَّرًا)؛ لأنَّ هَذِهِ الأَلفَاظَ صَرِيحٌ فِي التَّدبِيرِ فإنَّهُ إثبَاتُ العِتقِ عَن دُبُرٍ.

الشرح:

(بَابُ التَّدبِيرِ): ذِكْرُ الإعْتَاقِ الوَاقِعِ بَعْدَ المَوْتِ عَقِيبَ الإعْتَاقِ الوَاقِعِ فِي الحَيَاةِ ظَاهِرُ المُنَاسَبَةِ.

وَالتَّدْبِيرُ فِي اللُّغَةِ: هُوَ النَّظَرُ إلى عَاقِبَةِ الأَمْرِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ هُوَ إيجَابُ العِتْقِ الحَاصِلِ بَعْدَ مَوْتِ الإنْسَانِ بِأَلفَاظ تَدُلُّ عَلَيْه صَرِيحًا كَقَوْله دَبَّرْتُكَ أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ دَلالةً كَقَوْله إذَا مِتّ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ مَعَ مَوْتِي أَوْ فِي مَوْتِي، وكَقَوْله أَوْصَيْت لك بِنَفْسك أَوْ بِرَقَبَتك أَوْ بِثُلُث مَالي. وَحُكْمُ التَّدْبِيرِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ إخْرَاجُهُ عَنْ ملكه إلا إلى الحُرِّيَّةِ كَمَا فِي الكِتَابَةِ، فَإِذَا مَاتَ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ الثُّلُثِ عَتَقَ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ عَتَقَ ثُلُثُهُ وَسَعَى فِي ثُلُثَيْه.

(ثُمَّ لا يَجُوزُ بَيعُهُ وَلا هِبَتُهُ وَلا إخرَاجُهُ عَن مِلكِهِ إلا إلى الحُرِّيَّةِ) كَمَا فِي الكِتَابَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ؛ لأنَّهُ تَعلِيقُ العِتقِ بِالشَّرطِ فَلا يَمتَنِعُ بِهِ البَيعُ وَالهِبَةُ كَمَا فِي سَائِرِ التَّعلِيقَاتِ وَكَمَا فِي المُدَبَّرِ المُقَيَّدِ وَلأنَّ التَّدبِيرَ وَصِيَّةٌ وَهِيَ غَيرُ مَانِعَةٍ مِن ذَلكَ. وَلنَا قَولُهُ ﷺ «المُدَبَّرُ لا يُبَاعُ وَلا يُوهَبُ وَلا يُورَثُ وَهُوَ حُرٌّ من الثُّلُثِ»[1] وَلأنَّهُ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ تَثبُتُ بَعدَ المَوتِ وَلا سَبَبَ غَيرَهُ؛ ثُمَّ جَعلَهُ سَبَبًا فِي الحَالِ أَولى لوُجُودِهِ فِي الحَالِ وَعَدَمِهِ بَعدَ المَوتِ؛ وَلأنَّ مَا بَعدَ المَوتِ حَالُ بُطلانِ أَهلِيَّةِ التَّصَرُّفِ فَلا يُمكِنُ تَأخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إلى زَمَانِ بُطلانِ الأَهلِيَّةِ، بِخِلافِ سَائِرِ التَّعلِيقَاتِ؛ لأنَّ المَانِعَ مِن السَّبَبِيَّةِ قَائِمٌ قَبلَ الشَّرطِ؛ لأنَّهُ يَمِينٌ وَاليَمِينُ مَانِعٌ وَالمَنعُ هُوَ المَقصُودُ، وَأنَّهُ يُضَادُّ وُقُوعَ الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ، وَأَمكَنَ تَأخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إلى زَمَانِ الشَّرطِ؛ لقِيَامِ الأَهلِيَّةِ عِندَهُ فَافتَرَقَا؛ وَلأنَّهُ وَصِيَّةٌ خِلافَةٌ فِي الحَالِ كَالوِرَاثَةِ وَإِبطَالُ السَّبَبِ لا يَجُوزُ، وَفِي البَيعِ وَمَا يُضَاهِيهِ ذَلكَ.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١٣٨)، وانظر نصب الراية (٣/٤٣٣).

الشرح:

(وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ **بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ** لأَنَّهُ تَعْلِيقُ العِتْقِ بِالشَّرْطِ فَلا يَمْتَنِعُ بِهِ البَيْعُ وَالهِبَةُ كَمَا فِي سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ) مِنْ دُخُولِ الدَّارِ وَمَجِيءِ رَأْسِ الشَّهْرِ وَغَيْرِهِمَا (وَكَمَا فِي الْمُدَبَّرِ الْمُقَيَّدِ) فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فِيهِ بِلا خِلافٍ (وَلأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ) حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ وَالوَصِيَّةُ لا تَمْنَعُ الْمُوصِيَ مِنَ التَّصَرُّفِ بِالبَيْعِ وَغَيْرِهِ كَمَا أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ لإِنْسَانٍ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ «**الْمُدَبَّرُ لا يُبَاعُ وَلا يُوهَبُ وَلا يُورَثُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ**») رَوَاهُ نَافِعٌ عَنِ ابْنِ عُمَرَ (وَلأَنَّهُ) أَيِ التَّدْبِيرُ (سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ لأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ بَعْدَ الْمَوْتِ) فَلا بُدَّ لَهُ مِنْ سَبَبٍ (وَلا سَبَبَ غَيْرُهُ) ثُمَّ إِمَّا أَنْ يَكُونَ سَبَبًا فِي الحَالِ أَوْ بَعْدَ الْمَوْتِ لا جَائِزَ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْمَوْتِ لأَنَّهُ حَالُ بُطْلانِ الأَهْلِيَّةِ فَلا يُمْكِنُ تَأْخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إِلَيْهِ، وَلأَنَّهُ فِي الحَالِ مَوْجُودٌ وَبَعْدَ الْمَوْتِ مَعْدُومٌ لِكَوْنِ كَلامِهِ عَرَضًا لا يَبْقَى فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا فِي الحَالِ: وَاعْتُرِضَ عَلَى الْمُصَنِّفِ بِأَنَّ هَذَا الكَلامَ مُنَاقِضٌ لِمَا ذُكِرَ فِي آخِرِ بَابِ العَبْدِ يُعْتَقُ بَعْضُهُ حَيْثُ قَالَ: وَفِي الْمُدَبَّرِ يَنْعَقِدُ السَّبَبُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَأَقُولُ قَوْلُهُ (ثُمَّ جَعْلُهُ سَبَبًا فِي الحَالِ أَوْلَى) يَدُلُّ عَلَى أَنَّ جَعْلَهُ سَبَبًا فِي الحَالِ وَإِنْ كَانَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا لَيْسَ بِمُتَعَيِّنٍ، فَيُحْمَلُ مَا ذَكَرَهُ هُنَاكَ عَلَى غَيْرِ الأَوْلَى فَيَنْدَفِعُ التَّنَاقُضُ وَيَكُونُ قَدِ اطَّلَعَ عَلَى رِوَايَةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ اخْتَارَ جَوَازَهُ بِاجْتِهَادِهِ وَجَعْلُ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الأَصْحَابُ أَوْلَى.

فَإِنْ قِيلَ: فِي التَّدْبِيرِ تَعْلِيقٌ، وَلَيْسَ فِي التَّعْلِيقِ شَيْءٌ مِنَ السَّبَبِ ثَابِتًا فِي الحَالِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ فَمَا بَالُ التَّدْبِيرِ خَالَفَ سَائِرَ التَّعْلِيقَاتِ وَهُوَ مُؤَدَّى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ كَمَا فِي سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلافِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ لأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ السَّبَبِيَّةِ قَائِمٌ فِيهِ قَبْلَ الشَّرْطِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ فِي كَلامِ الْمُصَنِّفِ غُمُوضًا لا يَنْكَشِفُ عَلَى وَجْهِ التَّحْصِيلِ إِلا بِزِيَادَةِ بَيَانٍ فَلا بُدَّ مِنْهَا، فَنَقُولُ: الْمَانِعُ هُوَ مَا يَنْتَفِي بِهِ الشَّيْءُ مَعَ قِيَامِ مُقْتَضِيهِ، وَكُلُّ مَا يُنَافِي اللازِمَ يُنَافِي الْمَلْزُومَ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا قُلْنَا القِيَاسُ يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ سَائِرُ التَّعْلِيقَاتِ أَسْبَابًا فِي الحَالِ لَكِنْ الْمَانِعُ عَنِ السَّبَبِيَّةِ فِي الحَالِ وَهُوَ صِفَةُ كَوْنِ تَصَرُّفِ التَّعْلِيقِ يَمِينًا قَائِمٌ لأَنَّ اليَمِينَ مَانِعٌ عَنْ تَحَقُّقِ الشَّرْطِ اللازِمِ لِلحُكْمِ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ اليَمِينِ هُوَ الْمَنْعُ مِنْ

تَحققُ الشَّرْطِ، وَمَا كَانَ مَانعًا عَنْ تَحقُّقِ اللازِمِ الذي هُوَ الشَّرْطُ كَانَ مَانعًا عَنْ تَحققِ المَلزُومِ الذي هُوَ الحُكْمُ وَهُوَ وُقُوعُ الطَّلاقِ، وَإليْه أَشَارَ بقَوْله وَإنَّهُ يُضَادُّ وُقُوعَ الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ، وَمَا كَانَ مَانعًا للحُكْمِ لا يُمْكنُ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لهُ فَصفَةُ كَوْن تَصرُّف التَّعْليقِ يَمينًا تَمْنَعُ عَنْ كَوْنهِ سَبَبًا للحُكْمِ وَهُوَ الطَّلاقُ وَالعَتَاقُ. فَإنْ قُلت: قَدْ يَكُونُ اليَمينُ يُعْقَدُ للحَمْل كَمَا فِي **قَوْل الرَّجُل إنْ لَمْ تَدْخُل الدَّارَ فَأَنْت طَالقٌ**، وَقَدْ نَصَّ فِي الكُتُبِ أَنَّ اليَمينَ تُعْقَدُ للمَنْعِ أَوْ الحَمْل فَكَيْفَ قَال: وَالمَنْعُ هُوَ المَقْصُودُ وَإنَّهُ يَقْتَضِي الحَصْرَ عنْدَ البُلغَاءِ؟ قُلت: لا يُقْصَدُ باليَمينِ إلا مَنْعُ الشَّرْطِ، وَالشَّرْطُ فِيمَا ذَكَرْتُمْ هُوَ النَّفْيُ وَالمَقْصُودُ هُوَ المَنْعُ منْهُ وَيَلزَمُهُ الحَمْلُ. فَإنْ قُلت: التَّدْبيرُ يَمينٌ أَوْ لَيْسَ بيَمينٍ، فَإنْ كَانَ يَمينًا وَجَبَ أَنْ لا يَكُونَ سَبَبًا لقيَامِ المَانعِ عَلى مَا قَرَّرْتُمْ، وَإنْ لَمْ يَكُنْ يَمينًا لَمْ يَسْتَقمْ قَوْلُهُ بخلاف سَائرِ التَّعْليقَات إذْ السَّائرُ بمَعْنَى البَاقي. قُلت: لَيْسَ بيَمينٍ لتَعَلُّقِ عتْقه بأَمْرٍ كَائنٍ، وَاسْتقَامَةُ إطْلاق سَائرِ التَّعْليقَات بطَرِيقِ المُشَاكَلة إنْ لَمْ يَكُنْ اليَمينُ أَخَصَّ منْ التَّعْليقِ. وَيَرِدُ عَليْه أَنْت طَالقٌ إذَا جَاءَ غَدٌ فَإنَّهُ تَعْليقٌ بأَمْرٍ كَائنٍ وَليْسَ بسَبَبٍ فِي الحَال. وَالجَوَابُ أَنَّهُ إضَافَةٌ لا تَعْليقٌ.

وَقَوْلُهُ (وَأَمْكَنَ تَأْخيرُ السَّبَبيَّة إلى زَمَان الشَّرْط) لقيَامِ الأَهْليَّة فَرْقٌ آخَرُ بَيْنَ التَّدْبيرِ وَسَائرِ التَّعْليقَات. وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّدْبيرَ لا يُمْكنُ فيه تَأْخيرُ السَّبَبيَّة إلى مَا بَعْدَ المَوْت لمَا ذَكَرْنَا منْ انْتفَاء أَهْليَّة الإيجَاب حينَئذ. وَأَمَّا سَائرُ التَّعْليقَات فَتَأْخيرُ السَّبَبيَّة فيه إلى زَمَانِ الشَّرْط مُمْكنٌ لقيَامِ الأَهْليَّة عنْدَهُ فَافْتَرَقَا.

وَاعْتُرِضَ بأَنَّ قيَامَ الأَهْليَّة ليْسَ بشَرْط عنْدَ وُجُود الشَّرْط كَمَنْ عَلقَ طَلاقَهَا وَهُوَ صَحيحٌ ثُمَّ جُنَّ عنْدَ وُجُود الشَّرْط كَمَا تَقدَّمَ. وَالجَوَابُ أَنَّ قيَامَ أَهْليَّته ليْسَ بشَرْط عنْدَ وُجُود الشَّرْطِ إذَا لَمْ يَكُنْ التَّعْليقُ ابْتدَاءً بحَال بُطْلان الأَهْليَّة كَمَا ذَكَرْتُمْ فِي صُورَة المَجْنُون.

وَأَمَّا إذَا كَانَ فَلا نُسَلمُ أَنَّ الأَهْليَّةَ إذْ ذَاكَ غَيْرُ شَرْط. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ وَصيَّةٌ وَالوَصيَّةُ خلافَةٌ فِي الحَال) فَرْقٌ آخرُ بَيْنَهُمَا. وَتَقْرِيرُهُ: التَّدْبيرُ المُطْلقُ وَصيَّةٌ، وَالوَصيَّةُ سَبَبُ الخلافَة فِي الحَال لأَنَّ المُوصيَ يَجْعَلُ المُوصَى لهُ خَلفًا فِي بَعْضِ مَاله بَعْدَ مَوْته كَالورَاثَة فَإنَّهَا سَبَبُ خلافَة فِي الحَال.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ وَصِيَّةً لَبَطَلَ إِذَا قَتَلَ الْمُدَبَّرُ سَيِّدَهُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ لا تَجُوزُ وَإِنْ كَانَ الْجُرْحُ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا، وَلَجَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمُوصِيَ يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ الْمُوصَى بِهِ وَيَكُونُ رُجُوعًا عَنْ الْوَصِيَّةِ وَلَيْسَ الأَمْرُ كَذَلِكَ. وَالْجَوَابُ عَنْهُمَا جَمِيعًا أَنَّ ذَلِكَ فِي وَصِيَّةٍ لَمْ تَكُنْ عَلَى وَجْهِ التَّعْلِيقِ لِأَنَّهَا الْوَصِيَّةُ الْمُطْلَقَةُ وَالتَّدْبِيرُ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَوَجْهُ اخْتِصَاصِ ذَلِكَ أَنَّ بُطْلانَ الْوَصِيَّةِ بِالْقَتْلِ وَجَوَازَ الْبَيْعِ وَكَوْنَهُ رُجُوعًا إِنَّمَا يَصِحُّ فِي مُوصًى بِهِ يَقْبَلُ الْفَسْخَ وَالْبُطْلانَ وَالتَّدْبِيرَ لِكَوْنِهِ إِعْتَاقًا لا يَقْبَلُ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَإِبْطَالُ السَّبَبِ لا يَجُوزُ) تَتِمَّةُ الدَّلِيلِ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ وَلِأَنَّهُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ وَمَا بَيْنَهُمَا لِإِثْبَاتِ هَذِهِ الْقَضِيَّةِ وَتَرْكِيبِ الْمُقَدِّمَتَيْنِ، هَكَذَا التَّدْبِيرُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ، وَسَبَبُ الْحُرِّيَّةِ لا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ، وَفِي الْبَيْعِ وَمَا يُشَابِهُهُ مِنْ الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالإِمْهَارِ ذَلِكَ أَيْ إِبْطَالُ سَبَبِ الْحُرِّيَّةِ فَلا يَجُوزُ.

قَالَ: (وَلِلمَولى أَن يَستَخدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ وَإِن كَانَت أَمَةً وَطِئَهَا وَلَهُ أَن يُزَوِّجَهَا)؛ لِأَنَّ المِلكَ فِيهِ ثَابِتٌ لَهُ وَبِهِ تُستَفَادُ وِلايَةُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ.

الشرح:

قَالَ (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ) التَّدْبِيرُ لا يُثْبِتُ الْحُرِّيَّةَ فِي الْحَالِ وَإِنَّمَا يُثْبِتُ اسْتِحْقَاقَ الْحُرِّيَّةِ فَكَانَ الْمِلْكُ فِيهِ ثَابِتًا، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ **كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ** دَخَلَ فِيهِ الْمُدَبَّرُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَطِئَهَا وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا لِأَنَّ وِلايَةَ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ بِالْمِلْكِ وَهُوَ ثَابِتٌ.

(فَإِذَا مَاتَ المَولى عَتَقَ المُدَبَّرُ مِن ثُلُثِ مَالِهِ) لِمَا رَوَينَا؛ وَلِأَنَّ التَّدبِيرَ وَصِيَّةٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مُضَافٌ إِلَى وَقتِ المَوتِ وَالحُكمُ غَيرُ ثَابِتٍ فِي الحَالِ فَيَنفُذُ مِن الثُّلُثِ، حَتَّى لَو لَم يَكُن لَهُ مَالٌ غَيرُهُ يَسعَى فِي ثُلُثَيهِ، وَإِن كَانَ عَلَى المَولى دَينٌ يَسعَى فِي كُلِّ قِيمَتِهِ؛ لِتَقَدُّمِ الدَّينِ عَلَى الوَصِيَّةِ وَلا يُمكِنُ نَقضُ العِتقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ.

الشرح:

(فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ الْمُدَبَّرُ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ لِمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**وَهُوَ حُرٌّ مِنْ الثُّلُثِ**» (وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ لِكَوْنِهِ تَبَرُّعًا مُضَافًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ) وَلا نَعْنِي بِالْوَصِيَّةِ إِلا ذَلِكَ، وَالْحُكْمُ يَعْنِي

العِتْقَ غَيْرُ ثَابتٍ فِي الحَالِ لأنَّهُ يُفيدُ اسْتِحْقَاقَ الحُرِّيَّة كَمَا ذَكَرْنَا آنفًا، وَكُلُّ وَصيَّة تَنْفُذُ مِنْ الثُّلُثِ حَتَّى لوْ لَمْ يَكُنْ لهُ مَالٌ غَيْرُهُ يَسْعَى فِي ثُلُثَيْ رَقَبَته، وَإِنْ كَانَ عَلى المَوْلى دَيْنٌ يَسْعَى فِي كُل قِيمَته لأنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلى الوَصيَّةِ وَالعِتْقُ لا يُمْكنُ نَقْضُهُ فَيَجبُ عَليْه رَدُّ قيمَته.

(وَوَلدُ المُدبَّرَةِ مُدبَّرٌ) وَعَلى ذَلكَ نُقِل إجمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَوَلدُ المُدَبَّرَة مُدَبَّرٌ) هَذه هِيَ النُّسْخَةُ الصَّحيحَةُ، وَوَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ **وَوَلدُ المُدَبَّرِ مُدَبَّرٌ**، وَليْسَ بِصَحيحٍ لأنَّ وَلدَ المُدَبَّر إمَّا أنْ يَكُونَ مِنْ أمَة أوْ غَيْرِهَا فَالأوَّلُ رَقيقٌ لمَوْلاهَا، وَالثَّاني يَتْبَعُ الأُمَّ فِي التَّدْبيرِ وَالكِتَابَة وَغَيْرِهمَا دُونَ الأب. وَأمَّا وَلدُ المُدَبَّرَة فَهُوَ مُدَبَّرٌ نَقَلَ عَلى ذَلكَ إجْمَاعَ الصَّحَابَة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، وَخُوصِمَ إلى عُثْمَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فِي أوْلادِ مُدَبَّرَةٍ فَقَضَى بأنَّ مَا وَلدَتْهُ قَبْل التَّدْبيرِ عَبْدٌ يُبَاعُ، وَمَا وَلدَتْهُ بَعْدَ التَّدْبيرِ فَهُوَ مِثْلُهَا لا يُبَاعُ، وَكَانَ ذَلكَ بِحَضْرَة الصَّحَابَة وَلمْ يُنْقَل عَنْ أحَدٍ خِلافٌ

(وَإِن عَلقَ التَّدبِيرَ بِمَوتِهِ عَلى صِفَةٍ مِثل أن يَقُول إن مِتُّ مِن مَرَضِي هَذَا أو سَفَرِي هَذَا أو مِن مَرَضٍ كَذَا فَليسَ بِمُدَبَّرٍ وَيَجُوزُ بَيعُهُ)؛ لأنَّ السَّبَبَ لم يَنعَقِد فِي الحَال لتَرَدُّدٍ فِي تِلكَ الصِّفَةِ، بِخِلافِ المُدبَّرِ المُطلقِ؛ لأنَّهُ تَعلقَ عِتقُهُ بِمُطلقِ المَوتِ وَهُوَ كَائِنٌ لا مَحَالةَ (فَإِن مَاتَ المَولى عَلى الصِّفَةِ التِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يُعتَقُ المُدبَّرُ) مَعنَاهُ مِن الثُّلُث؛ لأنَّهُ ثَبَتَ حُكمُ التَّدبِيرِ فِي آخِرِ جُزءٍ مِن أجزَاءِ حَيَاتِهِ؛ لتَحَقُّقِ تِلكَ الصِّفَةِ فِيهِ فَلهَذَا يُعتَبَرُ مِن الثُّلُث. وَمِن المُقيَّدِ أن يَقُول إن مِتُّ إلى سَنَةٍ أو عَشرِ سِنِينَ لمَا ذَكَرنَا، بِخِلافِ مَا إذَا قَال إلى مِائَةِ سَنَةٍ وَمِثلُهُ لا يَعِيشُ إليهِ فِي الغَالبِ؛ لأنَّهُ كَالكَائِنِ لا مَحَالةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ عَلقَ التَّدْبيرَ بمَوْته) بَيَانٌ للمُدَبَّرِ المُقَيَّد وَهُوَ أنْ **يُعَلقَ التَّدْبيرَ بمَوْته عَلى صِفَة مِثْل أنْ يَقُول إنْ متّ منْ مَرَضِي أوْ سَفَري أوْ مَرَضٍ كَذَا فَليْس بمُدَبَّر**، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ لأنَّ السَّبَبَ لمْ يَنْعَقدْ فِي الحَال للتَّرَدُّد فِي تلكَ الصِّفَات فَرُبَّمَا يَرْجعُ منْ ذَلكَ السَّفَرِ وَيَبْرَأُ منْ ذَلكَ المَرَضِ، بخلافِ المُدَبَّر المُطْلق لأنَّهُ تَعلقَ عِتْقُهُ بمُطْلق المَوْتِ

وَهُوَ كَائِنٌ لا مَحَالَةَ. وَتَحْقِيقُهُ يُسْتَفَادُ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ وَهُوَ أَنَّ الْمُعَلَقَ بِهِ إِذَا كَانَ عَلَى خَطَرِ الْوُجُودِ كَانَ بِمَعْنَى الْيَمِينِ، وَقَدْ عَرَفْت أَنَّ صِفَةَ كَوْنِهِ يَمِينًا يَمْنَعُ عَنْ السَّبَبِيَّةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَمْرًا كَائِنًا لا مَحَالَةَ لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى الْيَمِينِ فَكَانَ سَبَبًا.

فَإِنْ قِيلَ: إِذَا لَمْ يَنْعَقِدْ السَّبَبُ فِي الْحَالِ فَفِي أَيِّ وَقْتٍ يَنْعَقِدُ إِذَا انْعَقَدَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَيْسَ بِحَالِ أَهْلِيَّةِ الإِيجَابِ، وَإِنْ انْعَقَدَ قَبْلَهُ كَيْفَ يَجُوزُ بَيْعُهُ؟ فَالْجَوَابُ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يُعْتَقُ الْمُدَبَّرُ مِنْ الثُّلُثِ لأَنَّهُ يَثْبُتُ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ لِتَحَقُّقِ تِلْكَ الصِّفَةِ حِينَئِذٍ، وَإِنْ عَاشَ بَطَلَ التَّدْبِيرُ وَمِنْ الْمُقَيَّدِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتّ إِلَى سَنَةٍ أَوْ عَشَرَةِ سِنِينَ لِمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ لِلتَّرَدُّدِ فِي تِلْكَ الصِّفَاتِ (بِخِلافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَى مِائَةِ سَنَةٍ، وَمِثْلُهُ لا يَعِيشُ إِلَيْهِ فِي الْغَالِبِ لأَنَّهُ كَالْكَائِنِ لا مَحَالَةَ) وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمُنْتَقَى، وَذَكَرَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ فِي نَوَازِلِهِ: لَوْ أَنَّ **رَجُلا قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ إِنْ مِتّ إِلَى مِائَتَيْ سَنَةٍ؟**

قَالَ أَبُو يُوسُفَ: هَذَا مُدَبَّرٌ مُقَيَّدٌ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ. وَقَالَ الْحَسَنُ: هُوَ مُدَبَّرٌ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ لأَنَّهُ عَلِمَ أَنَّهُ لا يَعِيشُ إِلَى تِلْكَ الْمُدَّةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ **قَالَ إِنْ مِتّ فَأَنْتَ حُرٌّ**، ثُمَّ لَوْ مَاتَ قَبْلَ السَّنَةِ فِي الأَوَّلِ أَوْ قَبْلَ عَشْرِ سِنِينَ فِي الثَّانِي عَتَقَ، وَلَوْ مَاتَ بَعْدَهُمَا لَمْ يُعْتَقْ لأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ فِي الْمُدَبَّرِ الْمُقَيَّدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

باب الاستيلاد

(وَإِذَا وَلَدَت الأَمَةُ مِن مَوْلاهَا فَقَد صَارَت أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لا يَجُوزُ بَيعُهَا وَلا تَمليكُهَا) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «أعتقها ولدها»[1] أَخبَرَ عَن إِعتَاقِهَا فَيَثبُتُ بَعضُ مَوَاجِبِهِ وَهُوَ حُرمَةُ البَيعِ، وَلأَنَّ الجُزئِيَّةَ قَد حَصَلَت بَينَ الوَاطِئِ وَالمَوطُوءَةِ بِوَاسِطَةِ الوَلَدِ فَإِنَّ المَاءَينِ قَد اختَلَطَا بِحَيثُ لا يُمكِنُ المَيزُ بَينَهُمَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرمَةِ المُصَاهَرَةِ، إِلا أَنَّ بَعدَ الانفِصَالِ تَبقَى الجُزئِيَّةُ حُكمًا لا حَقِيقَةً فَضَعُفَ السَّبَبُ فَأَوجَبَ حُكمًا مُؤَجَّلا إِلَى مَا بَعدِ المَوتِ، وَبَقَاءُ الجُزئِيَّةِ حُكمًا بِاعتِبَارِ النَّسَبِ وَهُوَ مِن جَانِبِ الرِّجَالِ.

فَكَذَا الحُرِّيَّةُ تَثبُتُ فِي حَقِّهِم لا فِي حَقِّهِنَّ، حَتَّى إِذَا مَلَكَت الحُرَّةُ زَوجَهَا وَقَد وَلَدَت مِنهُ لَم يُعتَق الزَّوجُ الَّذِي مَلَكَتهُ بِمَوتِهَا، وَبِثُبُوتِ عِتقٍ مُؤَجَّلٍ يَثبُتُ حَقُّ الحُرِّيَّةِ فِي

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦)، وانظر نصب الراية (٣/٤٣٥).

الحَال فَيُمنَعُ جوَازُ البَيعِ وَإِخرَاجُهَا لا إلى الحُرِّيّةِ فِي الحَال وَيُوجِبُ عِتقَهَا بَعدَ مَوتِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعضُهَا مَملُوكًا لهُ؛ لأنَّ الاستِيلادَ لا يَتَجزَّأ فَإِنَّهُ فَرعُ النَّسَبِ فَيُعتَبَرُ بِأَصلهِ.

الشرح:

(**بَابُ الاسْتيلاد**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ التَّدْبِيرِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الاسْتيلاد عَقيبَهُ لمُنَاسَبَة بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ لكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا حَقَّ الحُرِّيَّة لا حَقيقَتَهَا. وَالاسْتيلادُ: طَلَبُ الوَلَد، فَأُمُّ الوَلَد مِنْ الأَسْمَاءِ الغَالبَة كَالصَّغِيرَة فِي الصِّفَات الغَالبَة (إِذَا **وَلَدَتْ الأَمَةُ مِنْ مَوْلاهَا** فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لا يَجُوزُ بَيْعُهَا) وَلا هبَتُهَا (وَلا تَمْليكُهَا لقَوْله ﷺ «لَمَّا وَلَدَتْ مَارِيَةُ إِبْرَاهِيمَ مِنْ رَسُول الله ﷺ وَقيل لَهُ أَلا تُعْتقُهَا أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» أَخْبَرَ عَنْ إِعْتَاقهَا فَيَثْبُتُ بَعْضُ مُوجَبِه وَهُوَ حُرْمَةُ البَيْعِ) لأَنَّ الحَديثَ وَإِنْ دَل عَلَى تَنْجيزِ الحُرِّيَّة لكِنْ عَارَضَهُ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُول الله ﷺ «**أَيُّمَا رَجُلٍ وَلَدَتْ أَمَتُهُ مِنْهُ فَهِيَ مُعْتَقَةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ**» فَعَلمْنَا بِهِمَا جَميعًا وَمَنَعْنَا البَيْعَ بِالحَديث الأَوَّل وَالتَّنْجيزَ بِالحَديث الثَّاني. وَلا يُقَالُ مَحَليَّةُ البَيْعِ مَعْلُومَةٌ فيهَا بِيَقينٍ فَلا تَرْتَفعُ إلا بِيَقين مثْله وَخَبَرُ الوَاحد لا يُوجِبُهُ. لأَنَّا نَقُولُ: الأَحَاديثُ الدَّالَةُ عَلَى عتْقهَا منْ المَشَاهير، وَقَدْ انْضَمَّ إِلَيْهَا الإِجْمَاعُ اللاحقُ فَرَفَعَتْهَا. وَلأَنَّ الجُزْئيَّةَ قَدْ حَصَلَتْ بَيْنَ الوَاطِئِ وَالمَوْطُوءَة بِوَاسطَة الوَلَد فَإِنَّ المَاءَيْنِ قَدْ اخْتَلطَا بِحَيْثُ لا يُمْكنُ التَّمْييزُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرْمَة المُصَاهَرَة) وَهِيَ تَمْنَعُ بَيْعَهَا وَهبَتَهَا لأَنَّ **بَيْعَ جُزْءِ الحُرِّ وَهبَتَهُ** حَرَامٌ.

فَإِنْ قيل: لَوْ كَانَتْ هَذه الجُزْئيَّةُ مُعْتَبَرَةً لتَنَجَّزَ العتْقُ لأَنَّ الجُزْئيَّةَ تُوجبُهُ وَلَسْتُمْ بِقَائلينَ به. أَجَابَ بِقَوْله (إلا أَنَّ بَعْدَ الانْفصَال) يَعْني أَنَّ الوَلَدَ إِنَّمَا يَعْلَمُ بَعْدَ الانْفصَال، وَبَعْدَ الانْفصَال (تَبْقَى الجُزْئيَّةُ حُكْمًا لا حَقيقَةً فَضَعُفَ السَّبَبُ فَأَوْجَبَ حُكْمًا مُؤَجَّلا إلى مَا بَعْدَ المَوْت) فَتَعَاضَدَ المَنْقُولُ بِالمَعْقُول فِي إِثْبَات الحُكْمِ المُؤَجَّل إلى مَا بَعْدَ المَوْت وَهُوَ العتْقُ فَيَحْرُمُ بَيْعُهَا فِي الحَال لثُبُوت حَقِّ الحُرِّيَّة فيهَا.

فَإِنْ قيل: لَوْ كَانَتْ الجُزْئيَّةُ بَاقيَةً حُكْمًا لعَتَقَ مَنْ مَلَكَتْهُ امْرَأَتُهُ الَّتي وَلَدَتْ منْهُ بَعْدَ مَوْتهَا وَلَيْسَ كَذَلكَ. أَجَابَ بِقَوْله (وَبَقَاءُ الجُزْئيَّة حُكْمًا) وَمَعْنَاهُ أَنَّ بَقَاءَ الجُزْئيَّة حُكْمًا عبَارَةٌ عَنْ ثَبَات النَّسَبِ، وَالأَصْلُ فِي ثَبَات النَّسَبِ هُوَ الأَبُ لأَنَّ الوَلَدَ يُنْسَبُ

إليه وَالأُمُّ أَيْضًا بِواسِطَةِ الوَلدِ يُقَالُ أُمُّ وَلدِ فُلانٍ (فَكَذَلكَ الحُرِّيَّةُ تَثْبُتُ فِي حَقِّهِمْ لا فِي حَقِّهِنَّ).

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا كَانَ بَعْضُهَا مَمْلُوكًا له) يَعْنِي **لوْ كَانَتْ الجَارِيَةُ مُشْتَرَكَةً بَيْنَ رَجُلَيْنِ فاسْتَوْلدَهَا أحَدُهُمَا** كَانَتْ أُمَّ وَلدٍ لهُ لأَنَّ الاسْتِيلادَ لا يَتجَزَّأُ لأَنَّهُ فَرْعُ مَا لا يَتجَزَّأُ وَهُوَ النَّسَبُ فَيُعْتَبَرُ بِأَصْلِه.

فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ ذَكَرَ فِي بَابِ العَبْدِ يُعْتَقُ بَعْضُهُ وَالاسْتِيلادُ مُتَجَزِّئٌ عِنْدَهُ حَتَّى لوْ اسْتَوْلدَ نَصِيبَهُ مِنْ مُدَبَّرَةٍ يَقْتَصِرُ عَليْه إلخ فَمَا وَجْهُ التَّوْفِيقِ بَيْنَ كَلامَيْه؟.

أُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِه لا يَتجَزَّأُ يَتَملكُ نَصِيبَ صَاحِبه بالضَّمَانِ مَعَ ملك نَصِيبه فَيَكْمُلُ الاسْتِيلادُ عَلى مَا يَجِيءُ بَعْدَ هَذَا فِي هَذَا البَاب لأَنَّ نَصِيبَ صَاحِبه قَابلٌ للنَّقْل بضَمَانِ المُسْتَوْلد لأَنَّ الاسْتِيلادَ وَقَعَ فِي القِنَّةِ وَهِيَ قَابلةٌ للانْتقَال مِنْ ملك إلى ملك وَمَا ذَكَرَهُ هُنَاكَ مِنْ تَجَزُّؤِ الاسْتِيلادِ فَإِنَّمَا فَرَضَ المَسْأَلةَ فِي المُدَبَّرَةِ وَهِيَ غَيْرُ قَابلةٍ للنَّقْل فَكَانَ الاسْتِيلادُ مُقْتَصِرًا عَلى نَصِيبه فَيَتَجَزَّأُ الاسْتِيلادُ ضَرُورَةً فَكَانَ دَفْعُ التَّنَاقُضِ باعْتبَارِ اخْتلافِ المَوْضُوعِ وَالمُحَالِ وَبِأَنَّهُ يَحْتَملُ أَنْ يَكُونَ فيه روَايَتَانِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَذَلكَ لأَنَّهُمَا جَعَلا الاسْتِيلادَ مَقِيسًا عَليْه فِي أَنَّهُ لا يَتجَزَّأُ فَكَانَ مُجْمَعًا عَليْه. ثُمَّ أَجَابَ عَنْهُ أَبُو حَنِيفَةَ بِأَنَّهُ مُتَجَزِّئٌ عِنْدَهُ فِي ذَلكَ البَابِ، وَمِثْلُ هَذَا كَانَ لاخْتِلافِ الرِّوَايَتَيْنِ، كَذَا فِي النِّهَايَةِ.

قَال: (وَلهُ وَطؤُهَا وَاستِخدَامُهَا وَإجَارَتُهَا وَتَزوِيجُهَا) لأنَّ المِلكَ فِيهَا قَائِمٌ فَأَشبَهَت المُدبَّرَةَ.

الشرح:

قَال (**وَلهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزْوِيجُهَا**) قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الاسْتِيلادَ يُوجبُ حَقَّ الحُرِّيَّةِ لا حَقِيقَتَهَا، فَكَانَ المِلكُ فِيهَا قَائمًا كَالمُدَبَّرَةِ فَجَازَ لهُ أَنْ يَطَأَهَا وَيَسْتَخْدمَهَا وَيُؤَجِّرَهَا وَيُزَوِّجَهَا قَبْل أَنْ يَسْتَبْرئَهَا. فَإِنْ قِيل: شَغْلُ الرَّحِمِ بمَائه مُحْتَملٌ وَاحْتِمَالُ ذَلكَ يَمْنَعُ جَوَازَ النِّكَاحِ كَمَا فِي المُعْتَدَّةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَحَليَّةَ جَوَازِ النِّكَاحِ كَانَتْ ثَابِتَةً قَبْل الوَطْءِ وَقَدْ وَقَعَ الشَّكُّ فِي زَوَالهَا فَلا تَرْتَفعُ بِه، بخلاف النِّكَاحِ فَإِنَّ المَنْكُوحَةَ خَرَجَتْ عَنْ مَحَليَّةِ نِكَاحِ الغَيْرِ فَلا تَعُودُ إليْهَا إلا بَعْدَ الفَرَاغِ حَقِيقَةً وَذَلكَ

بَعْدَ العِدَّةِ.

(وَلا يَثبُتُ نَسَبُ وَلدِهَا إلا أن يَعتَرِفَ بِهِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ وَإِن لم يَدَّعِ؛ لأنَّهُ لَمَّا ثَبَّتَ النَّسَبُ بِالعَقدِ فَلأَن يَثبُتَ بِالوَطءِ وَأنَّهُ أكثَرُ إفضَاءً أولى. وَلنَا أنَّ وَطءَ الأَمَةِ يُقصَدُ بِهِ قَضَاءُ الشَّهوَةِ دُونَ الوَلَدِ؛ لوُجُودِ المَانِعِ عَنهُ فَلا بُدَّ مِن الدَّعوَةِ بِمَنزِلَةِ مَالِكِ اليَمِينِ مِن غَيرِ وَطءٍ، بِخِلافِ العَقدِ؛ لأنَّ الوَلَدَ يَتَعَيَّنُ مَقصُودًا مِنهُ فَلا حَاجَةَ إلى الدَّعوَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلدِهَا) أيْ وَلَد الأَمَة رُجُوعٌ إلى مَا ابْتَدَأَ به أَوَّل البَاب بقَوْله: **إذَا وَلَدَتْ الأَمَةُ مِنْ مَوْلاهَا** لَمَا أنَّ وَلَدَ أُمِّ الوَلَد يَثْبُتُ نَسَبُهُ منْ غَيْرِ دَعْوَة عَلى مَا يَجيءُ في قَوْله فَإنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلكَ بولَد يَثْبُتُ نَسَبُهُ بغَيْرِ إقْرَارٍ، وَحُكْمُ المُدَبَّرَة كَحُكْمِ الأَمَة في أنَّهُ لا يَثْبُتُ النَّسَبُ منْهَا بدُون دَعْوَة المَوْلى. وَقَوْلُهُ (إلا أَنْ يَعْتَرِفَ به) أيْ بالوَلَد وَالاعْتَرَافُ بالوَطْء غَيْرُ مُلزِمٍ (وَقَال الشَّافعِيُّ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ منْهُ وَإنْ لَمْ يَدَّعِ لأنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ بالعَقْد) أيْ بالنِّكَاحِ الذي هُوَ مُفْضٍ إلى الوَطْء (فَلأَنْ يَثْبُتَ به وَهُوَ أَكْثَرُ إفْضَاءً أَوْلى. وَلنَا أنَّ وَطْءَ الأَمَة يُقْصَدُ به قَضَاءُ الشَّهْوَة دُونَ الوَلَد لوُجُود المَانعِ عَنْهُ) أيْ عَنْ طَلب الوَلَد وَهُوَ سُقُوطُ التَّقَوُّمِ عنْدَهُ وَنُقْصَانُ القيمَة عنْدَهُمَا أَوْ عَدَمُ نَجَابَة أَوْلاد الإمَاء عنْدَهُمْ (فَلا بُدَّ منْ الدَّعْوَة بمَنْزِلة اليَمين منْ غَيْرِ وَطْءٍ) فَإنَّهُ لا يَثْبُتُ النَّسَبُ فيه بغَيْرِ الدَّعْوَة (بخلاف العَقْد لأنَّ الوَلَدَ يَتَعَيَّنُ مَقْصُودًا منْهُ فَلا حَاجَةَ إلى الدَّعْوَة) لا يُقَالُ: النَّسَبُ باعْتبَارِ الجُزْئيَّة أَوْ بمَا وُضِعَ لَهَا وَالقَصْدُ وَعَدَمُهُ لا مَدْخَل لهُ في ذَلكَ. لأنَّا نَقُولُ: لوْ كَانَ ذَلكَ مَدَارَهُ لثَبَتَ منْ الزَّاني وَليْس كَذَلكَ، وَإنَّمَا النَّظَرُ إلى المَوْضُوعَات الأَصْليَّة وَالعَقْدُ مَوْضُوعٌ لذَلكَ فَلا يَحْتَاجُ إلى الدَّعْوَة وَوَطْءُ الأَمَة ليْسَ بمَوْضُوعٍ لَهَا فَيَحْتَاجُ إليْهَا.

(فَإن) (جَاءَت بَعدَ ذَلكَ بِوَلدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ بِغَيرِ إقرَارٍ) مَعنَاهُ بَعدَ اعتِرَافٍ مِنهُ بِالوَلدِ الأَوَّل؛ لأنَّهُ بِدَعوَى الوَلدِ الأَوَّل تَعَيَّنَ الوَلدُ مَقصُودًا مِنهَا فَصَارَت فِرَاشًا كَالمَعقُودَةِ (إلا أنَّهُ إذَا نَفَاهُ يَنتَفِي بِقَوله)؛ لأنَّ فِرَاشَهَا ضَعِيفٌ حَتَّى يَملكَ نَقلهُ بِالتَّزوِيجِ، بِخِلافِ المَنكُوحَةِ حَيثُ لا يَنتَفِي الوَلدُ بِنَفيِهِ إلا بِاللعَانِ؛ لتَأَكُّدِ الفِرَاشِ حَتَّى لا يَملكَ إبطَالهُ

بِالتَّزوِيجِ، وَهَذَا الذِي ذَكَرنَاهُ حُكمٌ. فَأَمَّا الدِّيَانَةُ، فَإِن كَانَ وَطِئَهَا وَحَصَّنَهَا وَلم يَعزِل عَنهَا يَلزَمُهُ أَن يَعتَرِفَ بِهِ وَيَدَّعِي؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الوَلَدَ مِنهُ، وَإِن عَزَلَ عَنهَا أَو لم يُحَصِّنهَا جَازَ لهُ أَن يَنفِيَهُ؛ لأَنَّ هَذَا الظَّاهِرَ يُقَابِلُهُ ظَاهِرٌ آخَرُ، هَكَذَا رُوِيَ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ أُخرَيَانِ عَن أَبِي يُوسُفَ وَعَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ ذَكَرنَاهُمَا فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى.

الشرح:

فَإِنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِوَلَدِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ إِقْرَارِ إِذَا كَانَ قَدْ اعْتَرَفَ بِالوَلَدِ الأَوَّل لأَنَّهُ بِدَعْوَى الأَوَّل تَعَيَّنَ الوَلَدُ مَقْصُودًا مِنْهَا فَصَارَتْ فِرَاشًا كَالمَعْقُودَة إلا أَنَّهُ إِذَا نَفَاهُ يَنْتَفِي بِقَوْله) مِنْ غَيْرِ لعَانِ مَا لَمْ يَقْضِ القَاضِي بِهِ أَوْ لَمْ تَتَطَاوَل المُدَّةُ، فَأَمَّا بَعْدَ قَضَاءِ القَاضِي فَقَدْ أَلزَمَهُ بِهِ عَلى وَجْه لا يَمْلكُ إِبْطَالَهُ، وَكَذَلكَ بَعْدَ التَّطَاوُل لأَنَّهُ يُوجَدُ مِنْهُ دَليلُ الإِقْرَارِ فِي هَذه المُدَّة مِنْ قَبُول التَّهْنئَة وَنَحْوِه، وَذَلكَ كَالتَّصْرِيحِ بِالإِقْرَارِ، وَاخْتِلافُهُمْ فِي مُدَّة التَّطَاوُل قَدْ سَبَقَ فِي اللعَانِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ فِرَاشَهَا ضَعِيفٌ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَهَذَا الذي ذَكَرْنَاهُ) أَيْ عَدَمَ **ثُبُوت نَسَب وَلَد الأَمَة بِدُون الدَّعْوَة** (حُكْمُ) قَضَاءِ القَاضِي (فَأَمَّا الدِّيَانَةُ) يَعْنِي فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالى، فَالاعْتِرَافُ بِه وَالدَّعْوَى إِنْ وَطِئَهَا وَحَصَّنَهَا وَلَمْ يَعْزِل عَنْهَا، وَالمُرَادُ بِالتَّحْصِينِ هُوَ أَنْ يَحْفَظَهَا عَمَّا يُوجِبُ رِيبَةَ الزِّنَا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ هَذَا الظَّاهِر) وَهُوَ أَنَّ الوَلَدَ مِنْهُ عِنْدَ التَّحْصِينِ وَعَدَمِ العَزْل (يُقَابِلُهُ) أَيْ يُعَارِضُهُ (ظَاهِرٌ آخرُ) وَهُوَ العَزْلُ أَوْ تَرْكُ التَّحْصِين.

وَقَوْلُهُ (وَفِيه رِوَايَتَانِ أُخْرَيَان) فِي بَعْضِ النُّسَخِ أُخْرَوَان وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ. وَقَوْلُهُ (عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّد) قِيل فَائدَةُ تَكْرَارِ " عَنْ " دَفْعُ وَهْمِ مَنْ يَتَوَهَّمُ أَنَّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُمَا بِاتِّفَاقِهِمَا فَإِنَّهُ لَيسَ كَذَلكَ، وَإِنَّمَا عَنْ كُل وَاحِد مِنْهُمَا رِوَايَةٌ تُخَالفُ رِوَايَةَ الآخَرِ، فَأَمَّا رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ فَهِيَ أَنَّهُ إِذَا **وَطِئَهَا وَلَمْ يَسْتَبْرِئْهَا بَعْدَ ذَلكَ حَتَّى جَاءَتْ بِوَلَد** فَعَلَيْه أَنْ يَدَّعِيَهُ سَوَاءٌ عَزَلَ عَنْهَا أَوْ لَمْ يَعْزِل، حَصَّنَهَا أَوْ لَمْ يُحْصِنْهَا تَحْسِينًا للظَّنِّ بِهَا وَحَمْلا لأَمْرِهَا عَلى الصَّلاحِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ خلافُهُ، وَأَمَّا رِوَايَةُ مُحَمَّد فَهِيَ أَنَّهُ لا يَنْبَغِي لهُ أَنْ يَدَّعِيَهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مِنْهُ، وَلَكنْ يَنْبَغِي لهُ أَنْ يُعْتِقَ الوَلَدَ وَيَسْتَمْتِعَ بِهَا وَيُعْتِقَهَا بَعْدَ مَوْتِه لأَنَّ اسْتِلحَاقَ نَسَب لَيسَ مِنْهُ لا يَحِلُّ شَرْعًا فَيُحْتَاطُ مِنْ

الجَانبَيْنِ، وَذَلكَ فِي أَنْ لا يَدَّعِيَ النَّسَبَ، وَلكِنْ يُعْتَقُ الوَلدُ وَيُعْتِقُهَا بَعْدَ مَوْتِهِ لاحْتِمَال أَنْ يَكُونَ مِنْهُ.

وَمَا ذَكَرَهُ أَبُو حَنِيفَةَ هُوَ الأَصْلُ لأَنَّهُ إذَا وَطِئَهَا **وَلَمْ يَعْزِل وَحَصَّنَهَا** فَالظَّاهِرُ أَنَّ الوَلَدَ مِنْهُ فَيَلزَمُهُ أَنْ يَدَّعِيَ، وَإِنْ لَمْ يُحْصِنْ أَوْ عَزَل فَقَدْ وَقَعَ الاحْتِمَالُ فَلا يَلزَمُهُ الاعْتِرَافُ بِالشَّكِّ.

(فَإِن زَوَّجَهَا فَجَاءَت بِوَلدٍ فَهُوَ فِي حُكمِ أُمِّهِ)؛ لأَنَّ حَقَّ الحُرِّيَّةِ يَسرِي إلى الوَلدِ كَالتَّدبِيرِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ وَلدَ الحُرَّةِ حُرٌّ وَوَلدَ القِنَّةِ رَقِيقٌ وَالنَّسَبُ يَثبُتُ مِن الزَّوجِ؛ لأَنَّ الفِرَاشَ لهُ، وَإِن كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا إذ الفَاسِدُ مُلحَقٌ بِالصَّحِيحِ فِي حَقِّ الأَحكَامِ، وَلو ادَّعَاهُ المَولى لا يَثبُتُ نَسَبُهُ مِنهُ؛ لأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ مِن غَيرِهِ، وَيُعتَقُ الوَلدُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلدٍ لهُ لإِقرَارِهِ.

الشرح:

(فَإِنْ زَوَّجَهَا فَجَاءَتْ بِوَلدٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ) لأَنَّ الأَوْصَافَ القَارَّةَ فِي الأُمَّهَات تَسْرِي إلى الأَوْلادِ وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ مِنْ الزَّوْجِ لأَنَّ الفِرَاشَ لهُ بِالنِّكَاحِ وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا بَعْدَمَا اتَّصَل بِهِ الدُّخُولُ لأَنَّ الفَاسِدَ مُلحَقٌ بِالصَّحِيحِ فِي حَقِّ الأَحْكَامِ، وَمِنْ الأَحْكَامِ ثُبُوتُ النَّسَبِ وَعَدَمُ جَوَازِ البَيْعِ وَالوَصِيَّةِ، وَإِذَا كَانَ الفَاسِدُ مِنْهُ مُلحَقًا بِالصَّحِيحِ كَانَ أَقْوَى مِنْ فِرَاشِ أُمِّ الوَلدِ. وَقَوْلُهُ (وَلوْ ادَّعَاهُ المَوْلى) مَعْنَاهُ إذَا **زَوَّجَ المَوْلى أَمَتَهُ فَوَلدَتْ فَادَّعَاهُ المَوْلى** لا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ لأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، وَيُعْتَقُ الوَلدُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلد لهُ لإِقْرَارِه، وَإِنَّمَا فَسَّرْنَا كَلامَهُ بِذَلكَ لِيَسْتَقِيمَ قَوْلُهُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلد لهُ لأَنَّ أُمُومِيَّةَ أُمِّ الوَلد ثَابِتَةٌ قَبْل هَذِهِ الدَّعْوَة فَلا يَسْتَقِيمُ حِينَئِذٍ قَوْلُهُ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلد لهُ، هَكَذَا نُقِل عَنْ فَوَائِد مَوْلانَا حُمَيْد الدِّينِ الضَّرِير.

فَإِنْ قِيل: يَنْبَغِي أَنْ لا تَصِيرَ أُمُّهُ أُمَّ وَلد لمَوْلاهُ لأَنَّ أُمِّيَّةَ الوَلد مَبْنِيَّةٌ عَلى ثُبُوت النَّسَبِ بِدَعْوَةِ الوَلد، فَإِذَا لمْ يَثْبُتْ الأَصْلُ مِنْهُ كَيْفَ يَثْبُتُ الفَرْعُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ مُجَرَّدَ الإِقْرَار بِالاسْتِيلاد كَافٍ لثُبُوته، وَإِنْ كَانَ ذَلكَ الإِقْرَارُ فِي ضِمْنِ شَيْءٍ لمْ يَثْبُتْ ذَلكَ الشَّيْءُ لمُصَادَفَة إِقْرَارِ المَوْلى فِي مَحَله وَهُوَ الملكُ، وَهَذَا لاحْتِمَال أَنْ يَكُونَ الوَلدُ ثَابتَ النَّسَبِ مِنْ المَوْلى بِعُلُوقٍ سَبَقَ النِّكَاحَ أَوْ بِشُبْهَةٍ بَعْدَ النِّكَاحِ، إلا أَنَّ هَذَا الاحْتِمَال غَيْرُ

مُعْتَبَرٍ فِي حَقِّ النَّسَبِ لِثُبُوتِ النَّسَبِ مِنْ الزَّوْجِ وَاسْتِغْنَائِهِ عَنْ النَّسَبِ فَبَقِيَ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ الأُمِّ لاحْتِيَاجِهَا إلَى أَنْ تَصِيرَ أُمَّ وَلَدٍ.

(وَإِذَا مَاتَ المَوْلَى عَتَقَت مِن جَمِيعِ المَالِ) لِحَدِيثِ سَعِيدِ بنِ المُسَيِّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِعِتقِ أُمَّهَاتِ الأَولادِ وَأَن لا يُبَعنَ فِي دَينٍ وَلا يُجعَلنَ مِن الثُّلُثِ»[1]. وَلأَنَّ الحَاجَةَ إلَى الوَلَدِ أَصلِيَّةٌ فَتُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الوَرَثَةِ وَالدَّينِ كَالتَّكفِينِ، بِخِلافِ التَّدبِيرِ؛ لأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ مِن زَوَائِدِ الحَوَائِجِ.

الشرح:

قَالَ (وَإِذَا مَاتَ المَوْلَى عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ المَالِ) سَوَاءٌ كَانَ زَوْجُهَا أَوْ لا لِمَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ مِنْ حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلادِ وَأَنْ لا يُبَعْنَ فِي دَيْنٍ وَلا يُجْعَلنَ مِنْ الثُّلُثِ» وَمَعْنَى قَوْلِهِ أَمَرَ حَكَمَ لا الأَمْرُ المُصْطَلَحُ فَإِنَّهُنَّ يُعْتَقْنَ بَعْدَ المَوْتِ كَمَا تَقَدَّمَ وَإِنَّمَا نَكَّرَ الدَّيْنَ نَفْيًا لِلسِّعَايَةِ لِلْغُرَمَاءِ وَالوَرَثَةِ وَلا يُجْعَلُ مِنْ الثُّلُثِ تَأْكِيدٌ لأَنَّهُ فُهِمَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ وَأَنْ لا يُبَعْنَ فِي دَيْنٍ، وَلأَنَّ الحَاجَةَ إلَى الوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ لأَنَّ الإِنْسَانَ يَحْتَاجُ إلَى إبْقَاءِ نَسْلِهِ كَمَا أَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى إبْقَاءِ نَفْسِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ يُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الوَرَثَةِ وَالغُرَمَاءِ كَالتَّجْهِيزِ وَالتَّكْفِينِ (بِخِلافِ التَّدْبِيرِ لأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ مِنْ زَوَائِدِ الحَوَائِجِ).

(وَلا سِعَايَةَ عَلَيهَا فِي دَينِ المَولَى لِلغُرَمَاءِ) لِمَا رَوَينَا، وَلأَنَّهَا لَيسَت بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَتَّى لا تُضمَنُ بِالغَصبِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فَلا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ كَالقِصَاصِ، بِخِلافِ المُدَبَّرِ؛ لأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا سِعَايَةَ عَلَيْهَا) أَيْ عَلَى أُمِّ الوَلَدِ (فِي دَيْنِ المَوْلَى لِلغُرَمَاءِ لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ الحَاجَةَ إلَى الوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ إلخْ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ لِمَا رَوَيْنَا يَعْنِي مِنْ حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا قَالَ " وَلا يُبَعْنَ " دَل عَلَى انْتِفَاءِ المَالِيَّةِ، وَإِذَا عُدِمَتْ مَالِيَّتُهَا لَمْ يَبْقَ عَلَيْهَا سِعَايَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهَا) يَعْنِي أُمَّ الوَلَدِ (لَيْسَتْ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ) حَتَّى لَوْ غَصَبَهَا رَجُلٌ وَمَاتَتْ عِنْدَهُ لا يَضْمَنُهَا الغَاصِبُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ مَالِيَّتَهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٣٨): غريب.

وَقَدْ تَقَدَّمَ (فَلا يَتَعَلقُ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ كَالقِصَاصِ) فَإِنَّ مَنْ لَهُ القِصَاصُ إذَا مَاتَ وَهُوَ مَدْيُونٌ لَيْسَ لأَرْبَابِ الدُّيُونِ أَنْ يَأْخُذُوا مِنْ عَلَيْهِ القِصَاصَ بِدَيْنِهِمْ وَيَسْتَوْفُوا مِنْهُ دُيُونَهُمْ بِمُقَابَلَةِ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ مِنْ مَدْيُونِهِمْ لأَنَّ القِصَاصَ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَتَّى يَأْخُذُوا مِنْهُ بِمُقَابَلَتِهِ شَيْئًا مُتَقَوِّمًا، وَكَذَا إذَا قَتَلَ المَدْيُونُ شَخْصًا لا يَقْدِرُ الغُرَمَاءُ عَلى مَنْعِ وَلِيِّ القِصَاصِ مِنْ اسْتِيفَاءِ القِصَاصِ، وَكَذَا إذَا قَتَلَ رَجُلٌ مَدْيُونًا وَالمَدْيُونُ قَدْ عَفَا لا يَقْدِرُ الغُرَمَاءُ عَلى مَنْعِ المَدْيُونِ عَنْ العَفْوِ.

(وَإذَا أَسلمَت أمُّ وَلدِ النَّصرَانِيِّ فَعَلَيهَا أَن تَسعَى فِي قِيمَتِهَا) وَهِيَ بِمَنزِلةِ المُكَاتَبِ لا تُعتَقُ حَتَّى تُؤَدِّيَ السِّعَايَة. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: تُعتَقُ فِي الحَال وَالسِّعَايَةُ دَينٌ عَلَيهَا، وَهَذَا الخِلافُ فِيمَا إذَا عُرِضَ عَلى المَولى الإِسلامُ فَأَبَى، فَإِن أَسلمَ تَبقَى عَلى حَالهَا. لهُ أَنَّ إزَالةَ الذُّل عَنهَا بَعدَمَا أَسلمَت وَاجِبَةٌ وَذَلكَ بِالبَيعِ أَو الإِعتَاقِ وَقَد تَعذَّرَ البَيعُ فَتَعَيَّنَ الإِعتَاقُ. وَلنَا أَنَّ النَّظَرَ مِن الجَانِبَينِ فِي جَعلهَا مُكَاتَبَةً؛ لأَنَّهُ يَندَفِعُ الذُّلُّ عَنهَا بِصَيرُورَتِهَا حُرَّةً يَدًا وَالضَّرَرُ عَن الذِّمِّيِّ لانبِعَاثِهَا عَلى الكَسبِ نَيلا لشَرَفِ الحُرِّيَّةِ فَيَصِلُ الذِّمِّيُّ إلى بَدَل مِلكِهِ، أَمَّا لو أُعتِقَت وَهِيَ مُفلسَةٌ تَتَوَانَى فِي الكَسبِ وَمَاليَّةُ أُمِّ الوَلدِ يَعتَقِدُهَا الذِّمِّيُّ مُتَقَوِّمَةً فَيُترَكُ وَمَا يَعتَقِدُهُ، وَلأَنَّهَا إن لم تَكُن مُتَقَوِّمَةً فَهِيَ مُحتَرَمَةٌ، وَهَذَا يَكفِي لوُجُوبِ الضَّمَانِ كَمَا فِي القِصَاصِ المُشتَرَكِ إذَا عَفَا أَحَدُ الأَوليَاءِ يَجِبُ المَالُ للبَاقِينَ.

الشرح:

(وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ فَعَلَيْهَا أَنْ تَسْعَى فِي قِيمَتِهَا) وَهِيَ ثُلُثُ قِيمَتِهَا قِنَّةً عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَاسْتَشْكَلَ القَوْلَ بِالسِّعَايَةِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَعَ أَنَّ مَالِيَّةَ أُمِّ الوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ، فَإِنَّ القَوْلَ بِالسِّعَايَةِ قَوْلٌ بِالتَّقَوُّمِ إذْ السِّعَايَةُ بَدَلُ مَا ذَهَبَ مِنْ مَالِيَّتِهَا. قَوْلُهُ (وَمَالِيَّةُ أُمِّ الوَلَدِ يَعْتَقِدُهَا الذِّمِّيُّ مُتَقَوِّمَةً فَيُتْرَكُ وَمَا يَعْتَقِدُهُ) جَوَابٌ عَنْ هَذَا الإِشْكَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهَا) يَعْنِي مَالِيَّةَ أُمِّ الوَلَدِ (إنْ لَمْ تَكُنْ مُتَقَوِّمَةً فَهِيَ مُحْتَرَمَةٌ وَهَذَا) أَيْ كَوْنُهَا مُحْتَرَمَةً (يَكْفِي لِوُجُوبِ الضَّمَانِ) جَوَابٌ آخَرُ لِذَلِكَ الإِشْكَالِ.

وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الاحْتِرَامَ لَوْ كَانَ كَافِيًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ لَوَجَبَ عَلَى غَاصِبِ أُمِّ الوَلَدِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَبْنَى الضَّمَانِ فِي الغَصْبِ عَلَى الْمُمَاثَلة، وَلا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ مَالِيَّتِهَا لانْتِفَاءِ تَقَوُّمِهَا وَبَيْنَ مَا يَضْمَنُ بِهِ مِنْ المَالِ المُتَقَوِّمِ، وَهَذَا عَلَى طَرِيقَة تَخْصِيصِ العِلَلِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الكَلامُ فِي مِثْلِه. وَقَوْلُهُ (كَمَا فِي القِصَاصِ المُشْتَرَك) يَعْنِي **إِذَا كَانَ القِصَاصُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ جَمَاعَة وَعَفَا أَحَدُهُمْ** يَجِبُ المَالُ لِلبَاقِينَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ القِصَاصُ مَالا مُتَقَوِّمًا لكِنَّهُ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لاحْتِبَاسِ نَصِيبِ الآخَرِينَ عِنْدَهُ بِعَفْوِ أَحَدِهِمْ.

(وَلو مَاتَ مَولاهَا عَتَقَت بِلا سِعَايَةٍ)؛ لأَنَّهَا أُمُّ وَلدٍ لهُ، وَلو عَجزَت فِي حَيَاتِهِ لا تُرَدُّ قِنَّةً؛ لأَنَّهَا لو رُدَّت قِنَّةً أُعِيدَت مُكَاتَبَةً لِقِيَامِ المُوجِبِ.

الشرح:

(وَلَوْ مَاتَ مَوْلاهَا) وَهُوَ النَّصْرَانِيُّ (عَتَقَتْ بِلا سِعَايَة لأَنَّهَا أُمُّ وَلدٍ وَلَوْ عَجَزَتْ فِي حَيَاتِه لا تُرَدُّ قِنَّةً، لأَنَّهَا لوْ رُدَّتْ قِنَّةً أُعِيدَتْ مُكَاتَبَةً لِقِيَامِ المُوجِبِ) وَهُوَ إِسْلامُهَا مَعَ كُفْرِ مَوْلاهَا.

(وَمَن استَولدَ أَمَةَ غَيرِهِ بِنِكَاحٍ ثُمَّ مَلكَهَا صَارَت أُمَّ وَلدٍ لهُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا تَصِيرُ أُمَّ وَلدٍ لهُ، وَلو استَولدَهَا بِمِلكِ يَمِينٍ ثُمَّ استُحِقَّت ثُمَّ مَلكَهَا تَصِيرُ أُمَّ وَلدٍ لهُ عِندَنَا، وَلهُ فِيهِ قَولانِ وَهُوَ وَلدُ المَغرُورِ. لهُ أَنَّهَا عَلقَت بِرَقِيقٍ فَلا تَكُونُ أُمَّ وَلدٍ لهُ كَمَا إِذَا عَلقَت مِن الزِّنَا ثُمَّ مَلكَهَا الزَّانِي، وَهَذَا؛ لأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلدِ بِاعتِبَارِ عُلُوقِ الوَلدِ حُرًّا؛ لأَنَّهُ جُزءُ الأُمِّ فِي تِلكَ الحَالةِ وَالجُزءُ لا يُخَالفُ الكُل.

وَلنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الجُزئِيَّةُ عَلى مَا ذَكَرنَا مِن قَبلُ، وَالجُزئِيَّةُ إِنَّمَا تَثبُتُ بَينَهُمَا بِنِسبَةِ الوَلدِ الوَاحِدِ إِلى كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا كَمُلا وَقَد ثَبَتَ النَّسَبُ فَتَثبُتُ الجُزئِيَّةُ بِهَذِهِ الوَاسِطَةِ، بِخِلافِ الزِّنَا؛ لأَنَّهُ لا نَسَبَ فِيهِ لِلوَلدِ إِلى الزَّانِي، وَإِنَّمَا يُعتَقُ عَلى الزَّانِي إِذَا مَلكَهُ؛ لأَنَّهُ جُزؤُهُ حَقِيقَةً بِغَيرِ وَاسِطَةٍ. نَظِيرُهُ مَن اشتَرَى أَخَاهُ مِن الزِّنَا لا يُعتَقُ؛ لأَنَّهُ يُنسَبُ إِليهِ بِوَاسِطَةِ نِسبَتِهِ إِلى الوَالدِ وَهِيَ غَيرُ ثَابِتَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَلوْ اسْتَوْلدَهَا) صُورَةُ المَسْأَلة ظَاهِرَةٌ. وَتَقْرِيرُ وَجْه الشَّافعيِّ هَذه عَلقَتْ بِرَقِيقٍ وَهُوَ ظَاهِرٌ: وَمَنْ عَلقَتْ بِرَقِيقٍ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلدٍ لمَنْ عَلقَتْ مِنْهُ، لأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلدِ

باعْتِبَارِ عُلُوقِ الوَلَدِ حُرًّا لأَنَّهُ جُزْءُ الأُمِّ فِي تِلكَ الحَالَة: أَيْ فِي حَالَةِ العُلُوقِ وَالجُزْءُ لا يُخَالِفُ الكُلَ. وَفِي صُورَةِ النِّزَاعِ لَيْسَ كَذَلكَ لأَنَّ الأُمَّ رَقِيقَةٌ لِمَوْلاهَا فِي تِلكَ الحَالَة: أَيْ فِي حَالَةِ العُلُوقِ، فَلوْ **انْعَلقَ الوَلَدُ حُرًّا** كَانَ الجُزْءُ مُخَالفًا للكُلِ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا إذَا **عَلقَتْ مِنْ الزِّنَا ثُمَّ مَلكَهَا الزَّانِي**) أَنَّهَا لا تَكُونُ أُمَّ وَلدٍ لكَوْنِ العُلُوقِ لَيْسَ مِنْ مَوْلاهَا، قِيلَ فِي كَلامِهِ تَسَامُحٌ لأَنَّ قَوْلَهُ هَذَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ علةَ الاسْتِيلادِ كَوْنُ العُلُوقِ مِنْ مَوْلاهَا وَلِهَذَا لا يَثْبُتُ إذَا عَلقَتْ مِنْ الزِّنَا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلَدِ باعْتِبَارِ عُلُوقِ الوَلَدِ حُرًّا) يَدُلُّ عَلى أَنَّ هَذَا هُوَ العلةُ وَهُوَ المَشْهُورُ عَنْهُ وَذَلِكَ مُغَايِرٌ للأَوَّلِ، وَهَذَا فَاسِدٌ لأَنَّ العلةَ هُوَ عُلُوقُ الوَلدِ حُرًّا عِنْدَهُ لَيْسَ إلا، وَفِي صُورَةِ الزِّنَا إنَّمَا لمْ تَثْبُتْ أُمُومِيَّةُ الوَلدِ لأَنَّ الوَلدَ انْعَلقَ رَقِيقًا لأَنَّ المَزْنِيَّ فِي تِلكَ الحَالةِ مِلكُ مَوْلاهَا (وَلنَا أَنَّ سَبَبَ الاسْتِيلادِ هُوَ الجُزْئِيَّةُ الحَاصِلةُ بَيْنَ الوَالدَيْنِ عَلى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ) أَوَّلَ البَابِ حَيْثُ قَال وَلأَنَّ الجُزْئِيَّةَ قَدْ حَصَلتْ بَيْنَ الوَاطِئِ وَالمَوْطُوءَة، وَالجُزْئِيَّةُ إنَّمَا تَثْبُتُ بَيْنَهُمَا بِنِسْبَةِ الوَلدِ إلى كُلٍّ مِنْهُمَا كَمَلا، وَقَدْ ثَبَتَ النَّسَبُ بِالنِّكَاحِ فَثَبَتَتْ الجُزْئِيَّةُ بِهَذِهِ الوَاسِطَة، وَإِذَا ثَبَتَتْ الجُزْئِيَّةُ ثَبَتَتْ أُمُومِيَّةُ الوَلدِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الزِّنَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْله كَمَا إذَا عَلقَتْ بِالزِّنَا لأَنَّهُ لا نَسَبَ فِيهِ: أَيْ فِي الزِّنَا (للوَلدِ إلى الزَّانِي) فَلا تَثْبُتُ الجُزْئِيَّةُ المُعْتَبَرَةُ فِي البَابِ وَهُوَ الجُزْئِيَّةُ الحُكْمِيَّةُ فَلا تَثْبُتُ أُمُومِيَّةُ الوَلد. فَإِنْ قِيل: لمَّا لمْ يَثْبُتْ النَّسَبُ مِنْ الزَّانِي فَعَلامَ يُعْتَقُ عَليْهِ الوَلدُ مِنْ الزِّنَا إذَا مَلكَهُ؟ أَجَابَ بِقَوْله (وَإِنَّمَا يُعْتَقُ عَلى الزَّانِي إذَا مَلكَهُ لأَنَّهُ جُزْؤُهُ حَقِيقَةً بِغَيْرِ وَاسِطَة)، بِخِلافِ أُمُومِيَّةِ الوَلدِ فَإِنَّهَا تَثْبُتُ بِوَاسِطَةِ نِسْبَةِ الوَلدِ وَالنِّسْبَةُ عَنْ الزَّانِي مُنْقَطِعَةٌ فَكَانَ أُمُومِيَّةُ الوَلدِ مِنْ الزِّنَا (نَظِيرُ مَنْ **اشْتَرَى أَخَاهُ مِنْ الزِّنَا** لا يُعْتَقُ عَليْهِ لأَنَّهُ) أَيْ الأَخُ (يُنْسَبُ إليْهِ بِوَاسِطَةِ نِسْبَتِهِ إلى الوَالدِ وَهِيَ غَيْرُ ثَابِتَة) وَالمُرَادُ بِالأَخِ الأَخُ لأَبٍ، وَأَمَّا الأَخُ لأُمٍّ فَإِنَّهُ يُعْتَقُ عَليْهِ إذَا مَلكَهُ وَإِنْ كَانَ مِنْ الزِّنَا لأَنَّ النِّسْبَةَ بَيْنَهُمَا ثَابِتَةٌ.

(وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَجَاءَتْ بِوَلدٍ فَادَّعَاهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَصَارَتْ أُمَّ وَلدٍ لهُ وَعَليْهِ قِيمَتُهَا وَليسَ عليهِ عُقرُهَا وَلا قِيمَةُ وَلدِهَا) وَقَد ذَكَرنَا المَسأَلةَ بِدَلائِلهَا فِي كِتَابِ النِّكَاحِ مِن هَذَا الكِتَابِ، وَإِنَّمَا لا يَضمَنُ قِيمَةَ الوَلدِ؛ لأَنَّهُ انعَلقَ حُرَّ الأَصلِ لاستِنَادِ المِلكِ إلى مَا قَبلَ الاستِيلادِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِن وَطِئَ أَبُو الأَبِ مَعَ بَقَاءِ الأَبِ لم يَثبُتُ النَّسَبُ)؛ لأَنَّهُ لا ولايَةَ للجَدِّ حَال قِيَامِ الأَبِ (وَلو كَانَ الأَبُ مَيِّتًا ثَبَتَ مِن الجَدِّ كَمَا يَثبُتُ مِن الأَبِ)؛ لظُهُورِ ولايَتِهِ عِندَ فَقدِ الأَبِ، وَكُفرُ الأَبِ وَرِقُّهُ بِمَنزِلَةِ مَوتِهِ؛ لأَنَّهُ قَاطِعٌ للولايَةِ

(وَإِذَا كَانَت الجَارِيَةُ بَينَ شَرِيكَينِ فَجَاءَت بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ)؛ لأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ فِي نِصفِهِ لِمُصَادَفَتِهِ مِلكَهُ ثَبَتَ فِي البَاقِي ضَرُورَةَ أَنَّهُ لا يَتَجَزَّأُ؛ لِمَا أَنَّ سَبَبَهُ لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ العُلُوقُ إذ الوَلَدُ الوَاحِدُ لا يَنعَلِقُ مِن مَاءَينِ. (وَصَارَت أُمَّ وَلَدٍ لهُ)؛ لأَنَّ الاستِيلادَ لا يَتَجَزَّأُ عِندَهُمَا (وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَصِيرُ نَصِيبُهُ أُمَّ وَلَدٍ لهُ ثُمَّ يَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ إذ هُوَ قَابِلٌ للمِلكِ وَيَضمَنُ نِصفَ قِيمَتِهَا)؛ لأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ لَمَّا استَكمَلَ الاستِيلادَ وَيَضمَنُ نِصفَ عُقرِهَا؛ لأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً مُشتَرَكَةً، إذ المِلكُ يَثبُتُ حُكمًا للاستِيلادِ فَيَتَعَقَّبُهُ المِلكُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بِخِلافِ الأَبِ إذَا استَولَدَ جَارِيَةَ ابنِهِ؛ لأَنَّ المِلكَ هُنَالكَ يَثبُتُ شَرطًا للاستِيلادِ فَيَتَقَدَّمُهُ فَصَارَ وَاطِئًا مِلكَ نَفسِهِ (وَلا يَغرَمُ قِيمَةَ وَلَدِهَا)؛ لأَنَّ النَّسَبَ يَثبُتُ مُستَنِدًا إلى وَقتِ العُلُوقِ فَلم يَتَعَلَق شَيءٌ مِنهُ عَلى مِلكِ الشَّرِيكِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَتْ الجَارِيَةُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ) هَذِهِ المَسْأَلَةُ قَدْ مَرَّ ذِكْرُهَا فِي أَوَّلِ البَابِ حَيْثُ قَالَ: وَكَذَا إذَا كَانَ بَعْضُهَا مَمْلُوكًا، وَلَكِنْ كَانَ ذِكْرُهَا هُنَاكَ مِنْ حَيْثُ إنَّ الاسْتِيلادَ يُخْرِجُ الأَمَةَ إلى حَقِّ الحُرِّيَّةِ قَبْلَ المَوْتِ وَإِلى حَقِيقَتِهَا بَعْدَهُ، وَذِكْرُهَا هُنَا بِاعْتِبَارِ ثُبُوتِ النَّسَبِ وَبَيَانُ مَا أُرِيدَ بِعَدَمِ تَجَزِّي الاسْتِيلادِ المَذْكُورِ هُنَاكَ وَتَمَلُّكِ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَضَمَانِ نِصْفِ العُقْرِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا ذَكَرَهُ فَلا يُعَدُّ تَكْرَارًا وَكَلامُهُ وَاضِحٌ خَلا مَا نُنَبِّهُ عَلَيْهِ (قَوْلُهُ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا) لا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ مِنْهُ فِي نِصْفِهِ إلخ) يَرِدُ عَلَيْهِ القَلْبُ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: لَمَا لَمْ يَثْبُتْ النَّسَبُ مِنْهُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ لِمُصَادَفَتِهِ مِلكَ غَيْرِهِ لا يَثْبُتُ فِي البَاقِي ضَرُورَةَ أَنَّهُ لا يَتَجَزَّأُ إلى آخِرِ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ. وَيُجَابُ عَنْهُ بِتَغْلِيبِ جَانِبِ المُثْبِتِ لِلنَّسَبِ

احْتِيَاطًا، أَلا تَرَى أَنَّهُ يَسْقُطُ الحَدُّ عَنْهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ وَيَجِبُ العُقْرُ، فَكَذَلِكَ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ بِالدَّعْوَةِ.

وَقَوْلُهُ (فَيَتَعَقَّبُهُ الملكُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِه) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: هَذَا عَلَى اخْتِيَارِ بَعْضِ المَشَايِخِ، وَأَمَّا الأَصَحُّ مِنْ المَذْهَبِ فَالحُكْمُ مَعَ علته يفترقان لِمَا عُرِفَ فِي أُصُولِ الفقه. وَأَقُولُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ بِالتَّعَقُّبِ التَّعَقُّبَ الذَّاتِيَّ دُونَ الزَّمَانِيِّ، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ وَارِدًا عَلَى الأَصَحِّ مِنْ المَذْهَبِ.

وَقَوْلُهُ (بخلاف **الأب إذا استولد جارية ابنه** لأَنَّ الملكَ هُنَاكَ يَثْبُتُ شَرْطًا للاسْتِيلاد فَيَتَقَدَّمُهُ) وَهَذِهِ التَّفْرِقَةُ بَيْنَ الشَّرِيكِ وَالوَالِدِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ ملكَ الشَّرِيكِ فِي النِّصْفِ قَائِمٌ وَقْتَ العُلُوقِ، وَذَلِكَ يَكْفِي فِي الاسْتِيلادِ فَيَجْعَلُ تَمَلُّكَ نَصِيبِ صَاحِبِه حُكْمًا للاسْتِيلاد فَيَكُونُ الوَطْءُ وَاقِعًا فِي غَيْرِ ملكِه وَذَلِكَ يُوجِبُ الحَدَّ لَكِنَّهُ سَقَطَ بِشُبْهَةِ الشَّرِيكِ فَيَجِبُ العُقْرُ، وَأَمَّا الأَبُ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ ملكٌ فِي الجَارِيَةِ وَقَدْ اسْتَوْلَدَهَا فَيَجْعَلُ ملكَهُ فِيهَا شَرْطًا للاسْتِيلاد فِي ملكِه حَمْلا لأَمْرِهِ عَلَى الصَّلاحِ فَيَكُونُ الوَطْءُ فِي ملكه وَالوَطْءُ فِيه لا يُوجِبُ العُقْرَ.

وَالمُرَادُ بِالعُقْرِ مَهْرُ المِثْلِ فَيَكُونُ الشَّرِيكُ ضَامِنًا لِنِصْفِ مَهْرِ مِثْلِهَا، هَكَذَا فِي مَبْسُوطِ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ. وَفِي مَبْسُوطِ شَيْخِ الإِسْلامِ وَالمُحِيطِ: العُقْرُ قَدْرُ مَا تُسْتَأْجَرُ هَذِهِ المَرْأَةُ لَوْ كَانَ الاسْتِئْجَارُ للزِّنَا حَلالا. وَقَوْلُهُ (فَلَمْ يَنْعَلِقْ مِنْهُ شَيْءٌ عَلَى ملكِ الشَّرِيكِ) لأَنَّهُ كَمَا عَلِقَ انْعَلَقَ حُرُّ الأَصْلِ لأَنَّ نِصْفَهُ انْعَلَقَ عَلَى ملكِه وَأَنَّهُ يَمْتَنِعُ ثُبُوتُ الرِّقِّ فِيه لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ تَرْجِيحِ مُثْبِتِ النَّسَبِ.

(وَإِن ادَّعَيَاهُ مَعًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُمَا) مَعنَاهُ إِذَا حَمَلَت عَلَى مِلكِهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُرجَعُ إِلَى قَولِ القَافَةِ؛ لأَنَّ إِثبَاتَ النَّسَبِ مِن شَخصَينِ مَعَ عِلمِنَا أَنَّ الوَلَدَ لا يَتَخَلَّقُ مِن مَاءَينِ مُتَعَذِّرٌ فَعَمِلنَا بِالشَّبَهِ، وَقَد سُرَّ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِقَولِ القَائِفِ فِي أُسَامَةَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنهُ.

وَلَنَا كِتَابُ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنهُ إِلَى شُرَيحٍ فِي هَذِهِ الحَادِثَةِ: لَبَّسَا فَلُبِّسَ عَلَيهِمَا، وَلَو بَيَّنَا لَبُيِّنَ لَهُمَا، هُوَ ابنُهُمَا يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ وَهُوَ لِلبَاقِي مِنهُمَا، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم أَجمَعِينَ، وَعَن عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ مِثلُ ذَلِكَ.

وَلأَنَّهُمَا استَوَيَا فِي سَبَبِ الاستِحقَاقِ فَيَستَوِيَانِ فِيهِ، وَالنَّسَبُ وَإِن كَانَ لا يَتَجَزَّأُ وَلَكِن تَتَعَلَقُ بِهِ أَحكَامٌ مُتَجَزِّئَةٌ، فَمَا يَقبَلُ التَّجزِئَةَ يَثبُتُ فِي حَقِّهِمَا عَلَى التَّجزِئَةِ، وَمَا لا يَقبَلُهَا يَثبُتُ فِي حَقِّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا كَمُلا كَأَن لَيسَ مَعَهُ غَيرُهُ إلا إِذَا كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ أَبًا للآخَرِ، أَو كَانَ أَحَدُهُمَا مُسلمًا وَالآخَرُ ذِمِّيًّا لوُجُودِ المُرَجِّحِ فِي حَقِّ المُسلمِ وَهُوَ الإِسلامُ وَفِي حَقِّ الأَبِ وَهُوَ مَا لهُ مِن الحَقِّ فِي نَصِيبِ الابنِ، وَسُرُورُ النَّبِيِّ ﷺ فِيمَا رُوِيَ؛ لأَنَّ الكُفَّارَ كَانُوا يَطعَنُونَ فِي نَسَبِ أُسَامَةَ رَضِيَ اللهُ تَعَالى عَنهُ، وَكَانَ قَولُ القَائِفِ مُقطِعًا لطَعنِهِم فَسُرَّ بِهِ (وَكَانَت الأَمَةُ أُمَّ وَلدٍ لهُمَا)؛ لصِحَّةِ دَعوَةِ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا فِي نَصِيبِهِ فِي الوَلدِ فَيَصِيرُ نَصِيبُهُ مِنهَا أُمَّ وَلدٍ لهُ تَبَعًا لوَالِدِهَا (وَعَلى كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا نِصفُ العُقرِ قِصَاصًا بِمَا لهُ عَلى الآخَرِ، وَيَرِثُ الابنُ مِن كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا مِيرَاثَ ابنٍ كَامِلٍ)؛ لأَنَّهُ أَقَرَّ لهُ بِمِيرَاثِهِ كُلهِ وَهُوَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ (وَيَرِثَانِ مِنهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ) لاستِوَائِهِمَا فِي النَّسَبِ كَمَا إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ.

الشرح:

(وَإِنْ ادَّعَيَاهُ مَعًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا) قَال المُصَنِّفُ (مَعْنَاهُ إِذَا حَمَلتْ عَلى مِلكِهِمَا) وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِذَلكَ، لأَنَّهُ إِذَا كَانَ **الحَمْلُ عَلى مِلك أَحَدِهِمَا نِكَاحًا ثُمَّ اشْتَرَاهَا هُوَ وَآخَرُ** فَهِيَ أُمُّ وَلدٍ لهُ لأَنَّ نَصِيبَهُ مِنْهَا صَارَ أُمَّ وَلدٍ لهُ وَالاسْتِيلادُ لا يَتَجَزَّأُ فَيَثْبُتُ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ أَيْضًا (وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَرْجِعُ إلى قَوْل القَافَةِ) وَهِيَ جَمْعُ القَائِفِ كَالبَاعَةِ فِي جَمْعِ البَائِعِ، وَهُوَ الذِي يَتْبَعُ آثَارَ الآبَاءِ فِي الأَبْنَاءِ، مِنْ قَافَ أَثَرَهُ: إِذَا اتَّبَعَهُ، وَالقِيَافَةُ فِي بَنِي مُدْلِجٍ مِنْهُمْ المُجَزِّزُ (لأَنَّ إِثْبَاتَ النَّسَبِ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعَ عِلمِنَا أَنَّ الوَلدَ لا يَتَخَلقُ مِنْ مَاءَيْنِ) أَيْ مِنْ مَاءِ فَحْليْنِ (مُتَعَذِّرٌ، فَعَمِلنَا بِالشَّبَهِ وَقَدْ سُرَّ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِقَوْل القَائِفِ فِي أُسَامَةَ) رُوِيَ «أَنَّ رَسُول اللهِ ﷺ دَخَل عَلى عَائِشَةَ وَأَسَارِيرُ وَجْهِهِ تَبْرُقُ مِنْ السُّرُورِ فَقَال: أَمَا عَلمْت أَنَّ مُجَزِّزًا المُدْلجِيَّ مَرَّ بِأُسَامَةَ وَزَيْدٍ وَهُمَا تَحْتَ قَطِيفَةٍ قَدْ غَطَّيَا وُجُوهَهُمَا وَأَرْجُلُهُمَا بَادِيَةٌ فَقَال: **إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ**» وَلوْ كَانَ الحُكْمُ بِالشَّبَهِ بَاطِلا لمَا جَازَ إِظْهَارُ السُّرُورِ وَلوَجَبَ عَليْهِ الرَّدُّ وَالإِنْكَارُ وَلنَا كِتَابُ عُمَرَ إلى شُرَيْحٍ فِي هَذِهِ الحَادِثَةِ: لبَّسَا فَلُبِّسَ عَليْهِمَا، وَلوْ بَيَّنَا لبُيِّنَا لهُمَا، هُوَ ابْنُهُمَا يَرِثَانِهِ وَيَرِثُهُمَا، وَهُوَ للبَاقِي مِنْهُمَا) أَيْ الوَلدُ يَكُونُ للأَبِ البَاقِي مِنْ الأَبَوَيْنِ اللذَيْنِ كَانَا إِذَا

مَاتَ أَحَدُهُمَا حَتَّى يَكُونَ كُلُّ المِيرَاثِ للأَبِ الحَيِّ دُونَ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ لِوَرَثَةِ الأَبِ المَيِّتِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَانَ بِمَحْضَرٍ مِنْ الصَّحَابَةِ) يَرُومُ بِهِ إِبْرَازَهُ فِي مُبْرَزِ المُجْمَعِ عَلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (فِي سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ) يَعْنِي المِلكَ، وَقِيلَ: الدَّعْوَةَ. وَقَوْلُهُ (أَحْكَامٌ مُتَجَزِّئَةٌ) يُرِيدُ بِهَا مِثْلَ النَّفَقَةِ وَوِلايَةِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ وَالحَضَانَةِ وَالمِيرَاثِ، فَمَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ كَالمِيرَاثِ يَثْبُتُ عَلَى التَّجْزِئَةِ فِي حَقِّهِمَا، وَمَا لا يَقْبَلُهَا كَثُبُوتِ النَّسَبِ وَوِلايَةِ الإِنْكَاحِ يَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلا كَأَنْ لَيسَ مَعَهُ غَيْرُهُ. وَقَوْلُهُ (إلا إِذَا كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَمَا لا يَقْبَلُهَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلٍّ مِنْهُمَا كَمَلا. وَقَوْلُهُ (وَسُرُورُ النَّبِيِّ ﷺ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَقَدْ سُرَّ رَسُولُ اللهِ ﷺ.

وَاخْتَلفُوا فِيمَا **إِذَا ادَّعَى الوَلَدَ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ**، فَجَوَّزَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَنَفَاهُ أَبُو يُوسُفَ، وَجَوَّزَهُ مُحَمَّدٌ إِلَى الثَّلاثَةِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ يَثْبُتُ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ بِقَضِيَّةِ عُمَرَ فَلا يَتَعَدَّاهُ.

وَقَال مُحَمَّدٌ: الثَّلاثَةُ قَرِيبَةٌ مِنْ اثْنَيْنِ. وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ: سَبَبُ الجَوَازِ المِلكُ وَالدَّعْوَةُ وَقَدْ وُجِدَا. وَقَوْلُهُ (فَيَصِيرُ نَصِيبُهُ مِنْهَا أُمَّ وَلَدٍ لهُ تَبَعًا لِوَلَدِهَا) يَعْنِي تَخْدُمُ كُلَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَوْمًا كَمَا كَانَتْ تَفْعَلُهُ قَبْل هَذَا لأَنَّهُ لا تَأْثِيرَ للاسْتِيلادِ فِي إِبْطَال مِلكِ الخِدْمَةِ، وَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا عَتَقَتْ وَلا ضَمَانَ للشَّرِيكِ فِي تَرِكَةِ المَيِّتِ بِالاتِّفَاقِ لِوُجُودِ الرِّضَا مِنْهُمَا بِعِتْقِهِمَا عِنْدَ المَوْتِ، وَلا سِعَايَةَ عَلَيْهَا فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَسْعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا للشَّرِيكِ الحَيِّ عِنْدَهُمَا، وَلَوْ **أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا فِي حَال حَيَاتِهِ** عَتَقَتْ وَلا ضَمَانَ عَلَى المُعْتِقِ لِشَرِيكِهِ وَلا سِعَايَةَ فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ المُعْتِقُ نِصْفَ قِيمَتِهَا أُمَّ وَلَدٍ لِشَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَتَسْعَى فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا إِنْ كَانَ مُعْسِرًا (وَعَلَى كُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ العُقْرِ قِصَاصًا بِمَا لهُ عَلَى الآخَرِ) بِفَتْحِ اللامِ: أَيْ بِالَّذِي لهُ. وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ) يَعْنِي إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى شَيْءٍ يَكُونُ ذَلكَ الشَّيْءُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ فَكَذَلكَ هُنَا. وَإِذَا **أَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى ابْنٍ مَجْهُول النَّسَبِ** كَانَ الحُكْمُ هَكَذَا فَكَذَا هَاهُنَا.

(وَإِذَا وَطِئَ المَولى جَارِيَةَ مُكَاتَبِهِ فَجَاءَت بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ فَإِن صَدَّقَهُ المُكَاتَبُ ثَبَتَ نَسَبُ

الوَلدِ مِنهُ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى أَنَّهُ لا يُعتَبَرُ تَصدِيقُهُ اعتِبَارًا بِالأَبِ يَدَّعِي وَلَدَ جَارِيَةِ ابنِهِ. وَوَجهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ الفَرقُ أَنَّ المَولى لا يَملِكُ التَّصَرُّفَ فِي أَكسَابِ مُكَاتَبِهِ حَتَّى لا يَتَملَكَهُ وَالأَبُ يَملِكُ تَمَلُّكَهُ فَلا مُعتَبَرَ بِتَصدِيقِ الابنِ. قَالَ: (وَعَلَيهِ عُقرُهَا)؛ لأَنَّهُ لا يَتَقَدَّمُهُ المِلكُ؛ لأَنَّ مَا لَهُ مِن الحَقِّ كَافٍ لِصِحَّةِ الاستِيلادِ لِمَا نَذكُرُهُ. قَالَ: (وَقِيمَةُ وَلَدِهَا)؛ لأَنَّهُ فِي مَعنَى المَغرُورِ حَيثُ إِنَّهُ اعتَمَدَ دَلِيلا وَهُوَ أَنَّهُ كَسبُ كَسبِهِ فَلَم يَرضَ بِرِقِّهِ فَيَكُونُ حُرًّا بِالقِيمَةِ ثَابِتَ النَّسَبِ مِنهُ (وَلا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ)؛ لأَنَّهُ لا مِلكَ لَهُ فِيهَا حَقِيقَةً كَمَا فِي وَلَدِ المَغرُورِ (وَإِن كَذَّبَهُ المُكَاتَبُ فِي النَّسَبِ لَم يَثبُت)؛ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لا بُدَّ مِن تَصدِيقِهِ (فَلَو مَلَكَهُ يَومًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ)؛ لِقِيَامِ المُوجِبِ وَزَوَالِ حَقِّ المُكَاتَبِ إِذ هُوَ المَانِعُ، وَاللهُ تَعَالى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَمَنْ وَطِئَ **جَارِيَةَ مُكَاتَبِه فَجَاءَتْ بِوَلَد فَادَّعَاهُ** فَإِمَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُكَاتَبُ أَوْ لا، فَإِنْ صَدَّقَهُ ثَبَتَ النَّسَبُ وَلا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلَد للمَوْلى، وَإِنْ كَذَّبَهُ فَلا يَثْبُتُ النَّسَبُ أَيْضًا (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُعْتَبَرُ تَصْدِيقُهُ بَل يَثْبُتُ) نَسَبُهُ مِنْهُ بِمُجَرَّد دَعْوَة المَوْلى النَّسَبَ كَمَا فِي الأَب. وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ جَارِيَةَ الْمُكَاتَب كَسْبُ كَسْبِ المَوْلى، وَجَارِيَةَ الابْنِ كَسْبُ كَسْبُ الأَبِ (وَوَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ الفَرْقُ) بَيْنَ اسْتِيلاد جَارِيَة الابْنِ حَيْثُ يَثْبُتُ فِيه النَّسَبُ بِغَيْرِ تَصْدِيقٍ وَجَارِيَة الْمُكَاتَب حَيْثُ يُشْتَرَطُ فِيهَا التَّصْدِيقُ أَنَّ المَوْلى لا يَمْلكُ التَّصَرُّفَ فِي أَكْسَابِ مُكَاتَبِه بحَجْرِه عَلَى نَفْسِه، وَلِهَذَا لا يَمْلكُ كَسْبَ الْمُكَاتَب عِنْدَ الحَاجَة وَالدَّعْوَةُ تَصَرُّفٌ فَلا يَمْلكُهَا المَوْلى إلا بتَصْدِيقه، وَالأَبُ يَمْلكُ تَمَلُّكَ مَال ابْنه لأَنَّهُ لَمْ يَحْجُرْ عَلى نَفْسه فَلا مُعْتَبَرَ بتَصْدِيقه، وَإِنَّمَا لا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلده إِذَا صَدَّقَهُ الْمُكَاتَبُ لأَنَّ حَقَّ الملك ثَابِتٌ لهُ فِي كَسْبِه، وَذَلكَ كَاف لإِثْبَات نَسَب الوَلد؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ بعَجْزِه يَنْقَلبُ حَقِيقَةَ ملك فَلا حَاجَةَ بِه إِلى التَّمَلُّك، وَلَيْسَ للأَب فِي مَال الوَلد ملكٌ وَلا حَقُّ ملك، وَلا يُمْكنُ إِثْبَاتُ النَّسَب مِنْهُ إلا باعْتبَار تَمَلُّك الجَارِيَة فَيَثْبُتُ الملكُ سَابِقًا وَوَقَعَ الوَطْءُ فِي ملكه وَوَلَدَتْ منْهُ فَكَانَتْ أُمَّ وَلد لَهُ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَيْه عُقْرُهَا) أَيْ عَلَى المَوْلى عُقْرُ جَارِيَة الْمُكَاتَب لأَنَّ الملكَ لا يَتَقَدَّمُ الوَطْءَ لأَنَّ مَا لهُ مِنْ حَقِّ الملك كَاف لصحَّة الاسْتِيلاد فَكَانَ الوَطْءُ وَاقِعًا فِي غَيْرِ الملك وَهُوَ يَسْتَلزمُ الحَدَّ أَوْ العُقْرَ وَقَدْ

سَقَطَ الأَوَّلُ بِالشُّبْهَةِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي.

وَقَوْلُهُ (لِمَا نَذْكُرُهُ) أَيْ نَذْكُرُ الحَقَّ الذي للمَوْلى عَلى المُكَاتَبِ فِي كِتَابِ المُكَاتَبِ، قِيل فِي كَلامِ المُصَنِّفِ نَظَرٌ لأَنَّهُ قَال مَا لهُ مِنْ الحَقِّ كَافٍ لِصِحَّةِ الاسْتِيلادِ، وَالمَفْهُومُ مِنْهُ ثُبُوتُ اسْتِيلادِ جَارِيَةِ المُكَاتَبِ وَالمَنْصُوصُ فِي الكُتُبِ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّ الاسْتِيلادَ لا يَثْبُتُ وَهُوَ نَفْسُهُ يُصَرِّحُ بِهَذَا بَعْدَ خَطَّيْنِ بِقَوْلِهِ وَلا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلدٍ لهُ: أَيْ للمَوْلى، فَإِذَا لمْ تَصِرْ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلدٍ لهُ فَمِنْ أَيْنَ يَصِحُّ الاسْتِيلادُ. وَالجَوَابُ أَنَّ دَلالةَ لفْظِ الاسْتِيلادِ عَلى طَلبِ نَسَبِ الوَلدِ أَقْوَى مِنْ دَلالتِهِ عَلى كَوْنِهَا أُمَّ وَلدٍ فَكَانَ المُرَادُ بِقَوْلِهِ لِصِحَّةِ الاسْتِيلادِ لِصِحَّةِ نَسَبِ الوَلدِ بِدَلالةِ مَا بَعْدَهُ فَإِنَّ المُصَنِّفَ أَجَلُّ قَدْرًا مِنْ أَنْ يَقَعَ بَيْنَ كَلامَيْهِ فِي سَطْرَيْنِ تَنَاقُضٌ.

وَقَوْلُهُ (وَقِيمَةُ وَلدِهَا) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِهِ عُقْرُهَا. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ أَنَّهُ) قِيل أَيْ الوَلدُ: يَعْنِي أَنَّ الوَلدَ حَصَل لهُ (مِنْ كَسْبِ كَسْبِهِ) فَإِنَّ المُكَاتَبَ كَسْبُهُ، وَجَارِيَةَ المُكَاتَبِ كَسْبُ كَسْبِهِ، وَفِيهِ نَوْعُ تَكَلُّفٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَنَّهُ: أَيْ الجَارِيَةُ كَسْبُ كَسْبِهِ، وَذَكَرَ الضَّمِيرَ نَظَرًا إلى الخَبَرِ وَهُوَ كَسْبُ الضَّمِيرِ فِي رِقِّهِ يَعُودُ إلى الوَلدِ. قِيل فِي قَوْلِهِ كَمَا فِي وَلدِ المَغْرُورِ نَظَرٌ، وَحَقُّ الكَلامِ كَمَا فِي المَغْرُورِ بِدُونِ ذِكْرِ الوَلدِ عَلى مَعْنَى أَنَّ الجَارِيَةَ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلدٍ للمَوْلى لِعَدَمِ المِلكِ فِيهَا حَقِيقَةً كَمَا أَنَّ الجَارِيَةَ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلدِ المَغْرُورِ لِعَدَمِ المِلكِ فِيهَا.

وَالجَوَابُ أَنَّ قَوْلهُ كَمَا فِي وَلدِ المَغْرُورِ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ فَيَكُونُ حُرًّا بِالقِيمَةِ ثَابِتَ النَّسَبِ مِنْهُ وَحِينَئِذٍ لا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الوَلدِ وَعَلى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ مُتَعَلِّقًا بِقَوْلِهِ وَلا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلدٍ لأَنَّهُ لا مِلكَ لهُ فِيهَا حَقِيقَةً، فَتَقْدِيرُهُ كَمَا فِي أُمِّ وَلدِ المَغْرُورِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَذَّبَهُ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِهِ فَإِنْ صَدَّقَهُ المُكَاتَبُ. وَقَوْلُهُ (وَلوْ **مَلكَهُ**) **يَعْنِي وَلدَ الجَارِيَةِ الذي ادَّعَاهُ وَكَذَّبَهُ المُكَاتَبُ** (**يَوْمًا**) **مِنْ الدَّهْرِ** (ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ لِقِيَامِ المُوجِبِ) وَهُوَ الإِقْرَارُ بِالاسْتِيلادِ (وَزَوَالُ المَانِعِ) وَهُوَ حَقُّ المُكَاتَبِ. قَال فِي المَبْسُوطِ: وَإِذَا مَلكَ المَوْلى الجَارِيَةَ: أَيْ فِي صُورَةِ التَّصْدِيقِ يَوْمًا مِنْ الدَّهْرِ صَارَتْ أُمَّ وَلدٍ لهُ لأَنَّهُ

مَلكَهَا وَلَهُ مِنْهَا وَلدٌ ثَابِتُ النَّسَبِ، وَإِنْ كَذَّبَهُ الْمُكَاتَبُ ثُمَّ مَلكَهُ يَوْمًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ لأَنَّ حَقَّ المِلكِ لهُ فِي المَحَل كَانَ مُثْبِتًا للنَّسَبِ مِنْهُ عِنْدَ صِحَّةِ الدَّعْوَةِ: إلا أَنَّ بِمُعَارَضَةِ المُكَاتَبِ إِيَّاهُ بِالتَّكْذِيبِ امْتَنَعَ صِحَّةُ دَعْوَتِهِ، وَقَدْ زَالتْ هَذِهِ الْمُعَارَضَةُ حِينَ مَلكَهُ، وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِليْهِ المَآبُ.

كِتَابُ الأَيمَانِ

قَالَ: (الأَيمَانُ عَلى ثَلاثَةِ أَضرُبٍ) اليَمِينُ الغَمُوسُ وَيَمِينٌ مُنعَقِدَةٌ، وَيَمِينُ لغوٍ. (فَالغَمُوسُ هُوَ الحَلَفُ عَلى أَمرٍ مَاضٍ يَتَعَمَّدُ الكَذِبَ فِيهِ، فَهَذِهِ اليَمِينُ يَأثَمُ فِيهَا صَاحِبُهَا) لقَولِهِ ﷺ «مَن حَلفَ كَاذِبًا أَدخَلَهُ اللهُ النَّارَ»[1] (وَلا كَفَّارَةَ فِيهَا إلا التَّوبَةَ وَالاستِغفَارَ)

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحمَةُ اللهِ تَعَالى عَليهِ: فِيهَا الكَفَّارَةُ لأَنَّهَا شُرِعَت لرَفعِ ذَنبٍ هَتَكَ حُرمَةَ اسمِ اللهِ تَعَالى، وَقَد تَحَقَّقَ بِالاستِشهَادِ بِاَللهِ كَاذِبًا فَأَشبَهَ المَعقُودَةَ. وَلنَا أَنَّهَا كَبِيرَةٌ مَحضَةٌ، وَالكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ تَتَأَدَّى بِالصَّومِ، وَيُشتَرَطُ فِيهَا النِّيَّةُ فَلا تُنَاطُ بِهَا، بِخِلافِ المَعقُودَةِ لأَنَّهَا مُبَاحَةٌ، وَلو كَانَ فِيهَا ذَنبٌ فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ مُتَعَلقٌ بِاختِيَارٍ مُبتَدَإٍ، وَمَا فِي الغَمُوسِ مُلازِمٌ فَيَمتَنِعُ الإِلحَاقُ.

الشرح:

(**كِتَابُ الأَيْمَانِ**): المُنَاسَبَاتُ التي تَقَدَّمَ ذِكْرُهَا بَيْنَ الكُتُبِ إلى هَاهُنَا اقْتَضَتْ التَّرْتِيبَ عَلى مَا تَقَدَّمَ، وَذَكَرَ الأَيْمَانَ عَقِيبَ العَتَاقِ لمُنَاسَبَتِهَا لهُ في عَدَمِ تَأْثِيرِ الهَزْلِ وَالإِكْرَاهِ فِيهِمَا. وَاليَمِينُ في اللُّغَةِ القُوَّةُ، قَال اللهُ تَعَالى: ﴿ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ﴾ [الحاقة: ٤٥] وَفي الشَّرِيعَةِ: عَقْدٌ قَوِيَ بِهِ عَزْمُ الحَالفِ عَلى الفِعْلِ أَوْ التَّرْكِ. **وَشَرْطُهَا** كَوْنُ الحَالفِ مُكَلفًا. **وَسَبَبُهَا** إرَادَةُ تَحْقِيقِ مَا قَصَدَهُ.

وَرُكْنُهَا اللفْظُ الذي يَنْعَقِدُ بِهِ اليَمِينُ. **وَحُكْمُهُ** البِرُّ فِيمَا يَجِبُ فِيهِ البِرُّ وَالكَفَّارَةُ عِنْدَ فَوَاتِهِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلهِ فِيمَا يَجِبُ البِرُّ فِيهِ لأَنَّ مِنْ الأَيْمَانِ مَا يَجِبُ فِيهِ الحِنْثُ عَلى مَا سَيَأْتِي (**وَالأَيْمَانُ عَلى ثَلاثَةِ أَضْرُبٍ**) لأَنَّ اليَمِينَ بِاَللهِ إمَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا مُؤَاخَذَةٌ أَوْ لا؛ فَإِنْ كَانَتْ فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ دُنْيَوِيَّةً فَهِيَ المُنْعَقِدَةُ، أَوْ أُخْرَوِيَّةً فَهِيَ الغَمُوسُ؛ وَإِنْ لمْ تَكُنْ فَهِيَ اللغْوُ (فَالغَمُوسُ هِيَ الحَلفُ عَلى أَمْرٍ مَاضٍ يَتَعَمَّدُ الكَذِبَ فِيهِ) وَذِكْرُ المُضِيِّ لَيْسَ بِشَرْطٍ بَل هُوَ بِنَاءٌ عَلى الغَالبِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ إذَا **قَال وَاَللهِ إنَّهُ لزَيْدٌ وَهُوَ يَعْلمُ أَنَّهُ لَيْسَ بِزَيْدٍ** كَانَ غَمُوسًا (فَهَذِهِ اليَمِينُ يَأْثَمُ فِيهَا صَاحِبُهَا لقَوْلهِ ﷺ «**مَنْ حَلفَ كَاذِبًا أَدْخَلهُ اللهُ النَّارَ**» وَلوْلا الإِثْمُ لمَا كَانَ كَذَلكَ، وَاسْمُهُ يَدُلُّ عَلى مَعْنَاهُ لأَنَّهُ مَا سُمِّيَ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٤٥): غريب بهذا اللفظ.

غَمُوسًا إلا لأَنَّهَا تَغْمِسُ صَاحِبَهَا فِي الإِثْمِ ثُمَّ فِي النَّارِ.

وَقَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ: اليَمِينُ الغَمُوسُ لَيْسَتْ بِيَمِينٍ عَلَى الحَقِيقَةِ، لأَنَّ اليَمِينَ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ وَهَذِهِ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ، وَالكَبِيرَةُ ضِدُّ المَشْرُوعِ، وَلَكِنْ سَمَّاهُ يَمِينًا مَجَازًا لأَنَّ ارْتِكَابَ هَذِهِ الكَبِيرَةِ بِاسْتِعْمَالِ صُورَةِ اليَمِينِ كَمَا سَمَّى النَّبِيُّ ﷺ بَيْعَ الحُرِّ بَيْعًا مَجَازًا لأَنَّ ارْتِكَابَ تِلْكَ الكَبِيرَةِ بِاسْتِعْمَالِ صُورَةِ البَيْعِ وَالتَّعْرِيفُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ (وَلا كَفَّارَةَ فِيهَا، لَكِنْ فِيهَا التَّوْبَةُ وَالاسْتِغْفَارُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهَا الكَفَّارَةُ لأَنَّ الكَفَّارَةَ شُرِعَتْ لِرَفْعِ ذَنْبِ هَتْكِ حُرْمَةِ اسْمِ اللهِ تَعَالَى وَقَدْ تَحَقَّقَ) ذَلِكَ الذَّنْبُ (بِالاسْتِشْهَادِ بِاللهِ كَاذِبًا) فَلا بُدَّ مِنْ رَفْعِهِ وَذَلِكَ بِالكَفَّارَةِ كَمَا فِي المَعْقُودَةِ (وَلَنَا أَنَّهَا) أَيْ اليَمِينَ الغَمُوسَ (كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ " خَمْسٌ مِنْ الكَبَائِرِ لا كَفَّارَةَ فِيهِنَّ وَذَكَرَ مِنْهَا الغَمُوسَ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ لا تُنَاطُ بِهَا العِبَادَةُ لِمَا أَنَّ أَسْبَابَ العِبَادَاتِ لا بُدَّ وَأَنْ تَكُونَ أُمُورًا مُبَاحَةً كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ (وَالكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ حَتَّى تَتَأَدَّى بِالصَّوْمِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا النِّيَّةُ فَلا تُنَاطُ الغَمُوسُ بِهَا، بِخِلافِ المَعْقُودَةِ لأَنَّهَا مُبَاحَةٌ) فَجَازَ أَنْ تُنَاطَ بِهَا العِبَادَةُ.

وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الأَوَّلُ لَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا لَمَا وَجَبَتْ الكَفَّارَةُ عَلَى المُظَاهِرِ لِكَوْنِ الظِّهَارِ مُنْكَرًا مِنْ القَوْلِ وَزُورًا وَهَذَا نَقْضٌ إِجْمَالِيٌّ. الثَّانِي لَمَّا وَجَبَتْ بِالأَدْنَى وَجَبَتْ بِالأَعْلَى بِطَرِيقِ الأَوْلَى الثَّالِثُ الكَبِيرَةُ سَيِّئَةٌ وَالعِبَادَةُ حَسَنَةٌ وَاتِّبَاعُهَا إِيَّاهَا مُبَاحٌ لَهَا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**أَتْبِعْ السَّيِّئَةَ الحَسَنَةَ تَمْحُهَا**» وَهَاتَانِ مُعَارِضَتَانِ. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ الكَفَّارَةَ لَمْ تَجِبْ بِالظِّهَارِ بَلْ بِالعَوْدِ الَّذِي هُوَ العَزْمُ عَلَى الوَطْءِ وَهُوَ مُبَاحٌ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّهُ لا يَلْزَمُ مِنْ رَفْعِ الأَضْعَفِ بِشَيْءٍ رَفْعُ الأَقْوَى بِهِ وَعَنْ الثَّالِثِ بِأَنَّ الحَسَنَةَ تَمْحُو السَّيِّئَةَ المُقَابِلَةَ لَهَا، وَمُقَابَلَةُ هَذِهِ الحَسَنَةِ لِهَذِهِ السَّيِّئَةِ مَمْنُوعَةٌ بَلْ المَظْنُونُ خِلافُ المُقَابَلَةِ لِقَوْلِهِ ﷺ " خَمْسٌ مِنْ الكَبَائِرِ لا كَفَّارَةَ فِيهِنَّ " الحَدِيثَ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ فِيهَا ذَنْبٌ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ المُبَاحُ هُوَ مَا لا يَكُونُ فِيهِ ذَنْبٌ وَالمُنْعَقِدَةُ فِيهَا ذَنْبٌ فَلا تَكُونُ مُبَاحَةً فَلا تُنَاطُ بِهَا العِبَادَةُ كَمَا ذَكَرْتُمْ. وَتَقْرِيرُهُ: لَوْ كَانَ فِي المُنْعَقِدَةِ ذَنْبٌ لِهَتْكِ حُرْمَةِ اسْمِ اللهِ تَعَالَى فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ عَنْ وَقْتِ الانْعِقَادِ بِاخْتِيَارٍ مُبْتَدَإٍ لَمْ يَدْخُلْ فِي السَّيِّئَةِ وَيَرْفَعُهَا عِنْدَ الطَّرَيَانِ، بِخِلافِ الغَمُوسِ فَإِنَّ الذَّنْبَ فِيهَا لازِمٌ لا يُفَارِقُهُ لا

ابْتِدَاءً وَلا انْتِهَاءً (فَيَمْتَنِعُ الإِلْحَاقُ) أَيْ إِلْحَاقُ الغَمُوسِ بِالْمُنْعَقِدَةِ. وَفِي هَذَا الجَوَابِ، تَلوِيحٌ إِلى الجَوَابِ عَنْ قَوْلِه فَأَشْبَهَ المَعْقُودَةَ.

(وَالْمُنعَقِدَةُ مَا يَحلفُ عَلى أَمرٍ فِي المُستَقبَل أَن يَفعَلَهُ أَو لا يَفعَلَهُ وَإِذَا حَنِثَ فِي ذَلكَ لزِمَتهُ الكفَّارَةُ) لقَولِهِ تَعَالى ﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم ﴾ **[البقرة: ٢٢٥] وَهُوَ مَا ذَكَرنَا.**

الشرح:

(وَالْمُنْعَقِدَةُ مَا يَحْلِفُ عَلى أَمْرِهِ فِي المُسْتَقْبَل) وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ.

(وَاليَمِينُ اللغوُ أَن يَحلفَ عَلى أَمرٍ مَاضٍ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ كَمَا قَال وَالأَمرُ بِخِلافِهِ فَهَذِهِ اليَمِينُ نَرجُو أَن لا يُؤَاخِذَ اللهُ بِهِ صَاحِبَهَا) وَمِنَ اللغوِ أَن يَقُول: وَاللهِ إِنَّهُ لزَيدٌ وَهُوَ يَظُنُّهُ زَيدًا وَإِنَّمَا هُوَ عَمرٌو، وَالأَصلُ فِيهِ قَولُه تَعَالى ﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم ﴾ **الآيَةَ، إِلا أَنَّهُ عَلقَهُ بِالرَّجَاءِ للاختِلافِ فِي تَفسِيرِهِ.**

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إِلا أَنَّهُ عَلقَهُ بِالرَّجَاءِ) إِشَارَةٌ إِلى مَا قَال فِي المَبْسُوط. فَإِنْ قِيل: فَمَا مَعْنَى تَعْلِيقِ مُحَمَّد نَفْيَ المُؤَاخَذَةِ فِي هَذَا النَّوْعِ بِالرَّجَاءِ بِقَوْلِه نَرْجُو أَنْ لا يُؤَاخِذَ اللهُ بِهَا صَاحِبَهَا وَعَدَمُ المُؤَاخَذَةِ فِي اليَمِينِ اللغْوِ مَنْصُوصٌ عَلَيْه وَمَا عُرِفَ بِالنَّصِّ فَهُوَ مَقْطُوعٌ بِهِ؟ قُلنَا نَعَمْ، وَلكِنْ صُورَةُ تِلكَ اليَمِينِ مُخْتَلفٌ فِيهَا، وَإِنَّمَا عَلقَ بِالرَّجَاءِ نَفْيَ المُؤَاخَذَةِ فِي اللغْوِ بِالصُّورَةِ التِي ذَكَرَهَا، وَذَلكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ بِالنَّصِّ، وَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ مِنْ تَفْسِيرِ اللغْوِ مَرْوِيٌّ عَنْ زُرَارَةَ بْنِ أَبِي أَوْفَى، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْن. وَرُوِيَ عَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ قَال: هُوَ قَوْلُ الرَّجُل فِي كَلامِه لا وَاللهِ وَبَلى وَاللهِ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ قَوْل الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فَإِنَّ عِنْدَهُ اللغْوَ مَا يَجْرِي عَلى اللسَانِ مِنْ غَيْرِ قَصْد سَوَاءٌ كَانَ فِي المَاضِي أَوْ فِي المُسْتَقْبَل وَهُوَ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا. وَرَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا عَنْ رَسُول اللهِ ﷺ أَنَّهُ قَال فِي تَفْسِيرِ اللغْوِ: لا وَاللهِ وَبَلى وَاللهِ. وَتَأْوِيلُهُ عِنْدَنَا فِيمَا يَكُونُ خَبَرًا عَنْ المَاضِي، فَإِنَّ اللغْوَ مَا يَكُونُ خَالِيًا عَنْ الفَائِدَةِ وَالخَبَرُ فِي المَاضِي خَالٍ عَنْ فَائِدَةِ اليَمِينِ لأَنَّ فَائِدَتَهَا المَنْعُ أَوْ الحَمْلُ وَذَلكَ لا يَتَحَقَّقُ فِي المَاضِي فَكَانَ لغْوًا، أَمَّا فِي الخَبَرِ فِي المُسْتَقْبَل فَعَدَمُ القَصْد لا يَعْدَمُ فَائِدَةَ

اليَمِينِ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِأَنَّ الهَزْلَ وَالجِدَّ فِي اليَمِينِ سَوَاءٌ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ فِي حَصْرِ الأَيْمَانِ عَلَى الثَّلَاثَةِ عَلَى التَّفْسِيرِ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ نَظَرٌ، لِأَنَّ قَوْلَ الرَّجُلِ وَاللهِ إِنِّي لَقَائِمٌ الآنَ فِي حَالِ قِيَامِهِ مَثَلًا يَمِينٌ، وَلَيْسَ مِنَ الضُّرُوبِ المَذْكُورَةِ فِي الكِتَابِ عَلَى التَّفْسِيرِ المَذْكُورِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يَلْتَزِمَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِيَمِينٍ عَلَى هَذَا الاصْطِلَاحِ لِمَا مَرَّ مِنْ تَعْرِيفِهَا، وَإِنَّمَا هَذَا قَسَمٌ وَهُوَ جُمْلَةٌ إِنْشَائِيَّةٌ أُكِّدَتْ بِهَا جُمْلَةٌ أُخْرَى.

قَالَ: (وَالقَاصِدُ فِي اليَمِينِ وَالمُكْرَهِ وَالنَّاسِي سَوَاءٌ) حَتَّى تَجِبُ الكَفَّارَةُ لِقَوْلِهِ ﷺ: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَاليَمِينُ» وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ، وَسَنُبَيِّنُ فِي الإِكْرَاهِ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالَى

الشرح:

(وَالقَاصِدُ فِي اليَمِينِ وَالمُكْرَهُ وَالنَّاسِي) وَهُوَ أَنْ **يَذْهَلَ عَنْ التَّلَفُّظِ بِاليَمِينِ ثُمَّ يَتَذَكَّرَ أَنَّهُ تَلَفَّظَ بِاليَمِينِ نَاسِيًا**. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ ذِكْرُ الخَاطِئِ مَكَانَ النَّاسِي، وَهُوَ أَنْ يُرِيدَ أَنْ يُسَبِّحَ مَثَلًا فَيَجْرِيَ عَلَى لِسَانِهِ اليَمِينُ (سَوَاءٌ حَتَّى تَجِبَ الكَفَّارَةُ لِقَوْلِهِ ﷺ: «**ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَاليَمِينُ**») فَإِنْ قُلْتَ: اليَمِينُ عَقْدٌ يَقْوَى بِهَا عَزْمُ الحَالِفِ عَلَى الفِعْلِ أَوْ التَّرْكِ فَهُوَ مِنْ الأَفْعَالِ الاخْتِيَارِيَّةِ فَكَيْفَ يَكُونُ النَّاسِي فِيهِ كَالقَاصِدِ؟ قُلْت: ذَلِكَ هُوَ القِيَاسُ وَقَدْ تُرِكَ بِالنَّصِّ. لَا يُقَالُ: النَّصُّ مُعَارَضٌ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ**» الحَدِيثَ لِأَنَّهُ مُجْمَلٌ وَنَصُّ اليَمِينِ مُفَسَّرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ) يَعْنِي فِي وُجُوبِ الكَفَّارَةِ عَلَى المُكْرَهِ وَالنَّاسِي (وَسَنُبَيِّنُ فِي الإِكْرَاهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى).

(وَمَن فَعَلَ المَحلُوفَ عَلَيهِ مُكرَهًا أَو نَاسِيًا فَهُوَ سَوَاءٌ)؛ لِأَنَّ الفِعلَ الحَقِيقِيَّ لَا يَنعَدِمُ بِالإِكرَاهِ وَهُوَ الشَّرطُ، وَكَذَا إِذَا فَعَلَهُ وَهُوَ مُغمِيٌّ عَلَيهِ أَو مَجنُونٌ لِتَحَقُّقِ الشَّرطِ حَقِيقَةً، وَلَو كَانَت الحِكمَةُ رَفعَ الذَّنبِ فَالحُكمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِهِ وَهُوَ الحِنثُ لَا عَلَى حَقِيقَةِ الذَّنبِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَمَنْ فَعَلَ **المَحْلُوفَ عَلَيْهِ نَاسِيًا أَوْ مُكْرَهًا** فَهُوَ سَوَاءٌ) أَيْ فَهُوَ وَمَنْ فَعَلَهُ مُخْتَارًا سَوَاءٌ. تَرَكَهُ لِدَلَالَةِ فَحْوَى الكَلَامِ عَلَيْهِ لِأَنَّ شَرْطَ الحِنْثِ وُجُودُ الفِعْلِ حَقِيقَةً وَقَدْ وُجِدَ

لأَنَّهُ لا يَنْعَدِمُ بِالإِكْرَاه، (وَكَذَا إِذَا فَعَلَهُ وَهُوَ مُغْمًى عَلَيْه أَوْ مَجْنُونٌ لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ حَقِيقَةً) وَهُوَ وُجُودُ الفِعْلِ الحِسِّيِّ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَتْ الحِكْمَةُ رَفْعَ الذَّنْبِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الحِكْمَةُ فِي إِيجَابِ الكَفَّارَة رَفْعُ الذَّنْبِ، وَالمُغْمَى عَلَيْه وَالمَجْنُونُ لا ذَنْبَ لَهُمَا لِعَدَمِ فَهْمِ الخِطَابِ فَكَيْفَ تَجِبُ عَلَيْهِمَا الكَفَّارَةُ. وَتَقْرِيرُهُ: الحُكْمُ وَهُوَ وُجُوبُ الكَفَّارَةِ دَائِرٌ مَعَ دَلِيلِ الذَّنْبِ وَهُوَ الحِنْثُ لا مَعَ حَقِيقَةِ الذَّنْبِ، كَوُجُوبِ الاسْتِبْرَاءِ دَائِرٌ مَعَ دَلِيلِ شَغْلِ الرَّحِمِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ الملك لا مَعَ حَقِيقَةِ الشَّغْلِ حَتَّى أَنَّهُ يَجِبُ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ الشَّغْلُ أَصْلا بِأَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِكْرًا أَوْ اشْتَرَاهَا مِنْ امْرَأَة. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: إِقَامَةُ الدَّلِيلِ مَقَامَ المَدْلُولِ لِدَوَرَانِ الحُكْمِ عَلَيْه إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا كَانَ المَدْلُولُ أَمْرًا خَفِيًّا فِي الأَصْلِ فَيَدُورُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يُتَصَوَّرْ المَدْلُولُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ كَمَا ذَكَرْت مِنْ شَغْلِ الرَّحِمِ، وَالمَدْلُولُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَهُوَ الذَّنْبُ عِنْدَ الحِنْثِ مُحَقَّقٌ ظَاهِرٌ فَلا يَصِحُّ إِقَامَةُ الدَّلِيلِ مَقَامَ المَدْلُول.

(بَابُ مَا يَكُونُ يَمِينًا وَمَا لا يَكُونُ يَمِينًا)

قَالَ: (وَاليَمِينُ بِاللهِ تَعَالَى أَو بِاسمٍ آخرَ مِن أَسمَاءِ اللهِ تَعَالى كَالرَّحمَنِ وَالرَّحِيمِ أَو بِصِفَةٍ مِن صِفَاتِهِ التِي يُحلفُ بِهَا عُرفًا كَعِزَّةِ اللهِ وَجَلالهِ وَكِبرِيَائِهِ) لأَنَّ الحَلفَ بِهَا مُتَعَارَفٌ، وَمَعنَى اليَمِينِ وَهُوَ القُوَّةُ حَاصِلٌ؛ لأَنَّهُ يَعتَقِدُ تَعظِيمَ اللهِ وَصِفَاتِهِ فَصَلُحَ ذِكرُهُ حَامِلا وَمَانِعًا.

الشرح:

(**بَابُ مَا يَكُونُ يَمِينًا وَمَا لا يَكُونُ يَمِينًا**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ **ضُرُوبِ الأَيْمَانِ بَيَّنَ مَا يَكُونُ يَمِينًا مِنْ الأَلْفَاظِ وَمَا لا يَكُونُ يَمِينًا** (وَاليَمِينُ بِاللهِ) أَيْ بِهَذَا الاسْمِ (أَوْ بِاسْمٍ آخَرَ مِنْ أَسْمَائِهِ كَالرَّحْمَنِ وَالرَّحِيمِ أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِ ذَاتِهِ التِي يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا كَعِزَّةِ اللهِ وَجَلالِهِ وَكِبْرِيَائِهِ) وَالمُرَادُ بِالاسْمِ هَاهُنَا لَفْظٌ دَالٌّ عَلَى الذَّاتِ المَوْصُوفَةِ بِصِفَةٍ كَالرَّحْمَنِ وَالرَّحِيمِ وَبِالصِّفَةِ المَصَادِرُ التِي تَحْصُلُ عَنْ وَصْفِ اللهِ تَعَالَى بِأَسْمَاءِ فَاعِلِيهَا كَالرَّحْمَةِ وَالعِلمِ وَالعِزَّةِ. وَالصِّفَةُ عَلَى نَوْعَيْنِ: صِفَةِ ذَاتٍ وَصِفَةِ فِعْلٍ، لأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَجُوزَ الوَصْفُ بِهِ وَبِضِدِّهِ أَوْ لا. وَالثَّانِي صِفَةُ الذَّاتِ كَالعِزَّةِ وَالعَظَمَةِ وَالعِلمِ. وَالأَوَّلُ صِفَةُ الفِعْلِ كَالرَّحْمَةِ وَالغَضَبِ لِجَوَازِ أَنْ يُقَالَ رَحِمَ اللهُ المُؤْمِنِينَ وَلَمْ يَرْحَمْ

الكَافِرِينَ وَغَضِبَ عَلَى اليَهُودِ دُونَ المُسْلِمِينَ، وَمَشَايِخُنَا العِرَاقِيُّونَ عَلى أَنَّ **الحَلِفَ بِصِفَاتِ الذَّاتِ يَمِينٌ وَبِصِفَاتِ الفِعْلِ** لَيْسَ بِيَمِينٍ، وَيَلزَمُهُمْ أَنْ يَكُونَ وَعِلمُ اللهِ يَمِينًا، وَاعْتَذَرُوا بِأَنَّهُ القِيَاسُ وَلَكِنَّهُ تُرِكَ لِمَجِيئِهِ بِمَعْنَى المَعْلُومِ، وَمَشَايِخُ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ عَلى أَنَّ **الحَلِفَ بِكُلِّ صِفَةٍ تَعَارَفَ النَّاسُ الحَلِفَ بِهَا** يَمِينٌ وَبِكُلِّ صِفَةٍ لَمْ يَتَعَارَفُوهُ لَيْسَ بِيَمِينٍ، وَهُوَ مُخْتَارُ المُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللهُ. يَدُلُّ عَلى ذَلِكَ قَوْلُهُ يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا. وَقَوْلُهُ لِأَنَّ الحَلِفَ بِهَا مُتَعَارَفٌ (قَوْلُهُ وَمَعْنَى اليَمِينِ وَهُوَ القُوَّةُ إلخ) ذَكَرَهُ اسْتِظْهَارًا لِأَنَّهُ لَمَّا بَنَى الأَيْمَانَ عَلَى العُرْفِ كَانَ وُجُودُهُ مُغْنِيًا عَنْ النَّظَرِ إلى غَيْرِهِ.

قَالَ (إلا قَولهُ وَعِلمِ اللهِ فَإِنَّهُ لا يَكُونُ يَمِينًا) لأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَارَفٍ. وَلأَنَّهُ يُذكَرُ وَيُرَادُ بِهِ المَعلُومُ، يُقَالُ اللهُمَّ اغفِر عِلمَك فِينَا: أي مَعلُومَك (وَلو قَالَ وَغَضَبِ اللهِ وَسَخَطِهِ لم يَكُن حَالفًا) وَكَذَا وَرَحمَةِ اللهِ؛ لأَنَّ الحَلفَ بِهَا غَيرُ مُتَعَارَفٍ؛ وَلأَنَّ الرَّحمَةَ قَد يُرَادُ بِهَا أَثَرُهُ، وَهُوَ المَطَرُ أَو الجَنَّةُ وَالغَضَبُ وَالسَّخَطُ يُرَادُ بِهِمَا العُقُوبَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إلا **قَوْلهُ وَعِلمُ اللهِ**) اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ مِنْ قَوْلِهِ أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا. فَإِنَّ اليَمِينَ بِهِ إذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَارَفًا كَانَ اسْتِثْنَاؤُهُ عَنْ العُرْفِ مُنْقَطِعًا، وَالكَلَامُ فِي قَوْلِهِ وَلِأَنَّهُ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ المَعْلُومُ كَالكَلَامِ فِي قَوْلِهِ وَمَعْنَى اليَمِينِ وَهُوَ القُوَّةُ حَاصِلٌ فِي أَنَّهُ مَذْكُورٌ لِلاسْتِظْهَارِ.

نَعَمْ العِرَاقِيُّونَ يَحْتَاجُونَ إلى ذِكْرِ مَعْذِرَةٍ عَنْ وُرُودِهِ عَلى أَصْلِهِمْ كَمَا تَقَدَّمَ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ الرَّحْمَةَ قَدْ يُرَادُ بِهَا أَثَرُهَا) مَنْقُوضٌ بِقُدْرَةِ اللهِ تَعَالى لِأَنَّهُ يُقَالُ أُنْظُرْ إلى قُدْرَةِ اللهِ تَعَالى وَالمُرَادُ أَثَرُهُ، وَإِلا لَكَانَ بِمَعْنَى المَقْدُورِ لِكَوْنِ القُدْرَةِ غَيْرِ مَرْئِيَّةٍ فَتَكُونُ كَالعِلمِ وَمَعَ ذَلِكَ يُحْلَفُ بِهَا.

وَالحَقُّ أَنَّ مَبْنَى الأَيْمَانِ عَلى العُرْفِ، فَمَا تَعَارَفَ النَّاسُ الحَلِفَ بِهِ كَانَ يَمِينًا. **وَالحَلِفُ بِقُدْرَةِ اللهِ تَعَالى** مُتَعَارَفٌ، وَبِعِلمِهِ وَرَحْمَتِهِ وَغَضَبِهِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ وَلِهَذَا قَالَ مُحَمَّدٌ: وَأَمَانَةُ اللهِ يَمِينٌ، ثُمَّ لَمَّا سُئِلَ عَنْ مَعْنَاهُ قَالَ: لا أَدْرِي، فَكَأَنَّهُ وَجَدَ العَرَبَ تَحْلِفُ بِأَمَانَةِ اللهِ تَعَالى عَادَةً فَجَعَلَهُ يَمِينًا كَأَنَّهُ قَالَ وَاللهِ الأَمِينِ.

(وَمَن حَلفَ بِغَيرِ اللهِ لم يَكُن حَالفًا كَالنَّبِيِّ وَالكَعبَةِ) لِقَولِهِ ﷺ «مَن كَانَ مِنكُم

حَالفًا فَليَحلف بِاَللهِ أَو ليَذَر»[1] (وَكَذَا إِذَا حَلفَ بِالقُرآنِ) لأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَارَفٍ، قَال رَضِيَ اللهُ عَنهُ: مَعنَاهُ أَن يَقُول وَالنَّبِيِّ وَالقُرآنِ، أَمَّا لو قَال أَنَا بَرِيءٌ مِنهُمَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لأَنَّ التَّبَرِّي مِنهُمَا كُفرٌ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلفَ بِغَيْرِ اللهِ لَمْ يَكُنْ حَالفًا مِثْل أَنْ يَقُول وَالنَّبِيُّ وَالقُرْآنُ وَالكَعْبَةُ لقَوْله ﷺ «**مَنْ كَانَ مِنكُمْ حَالفًا فَليَحْلفْ بِاَللهِ أَوْ ليَذَرْ**») رَوَى مَالكٌ فِي المُوَطَّأِ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا «أَنَّ رَسُول اللهِ ﷺ أَدْرَكَ عُمَرَ وَهُوَ يَسِيرُ فِي رَكْبٍ وَهُوَ يَحْلفُ بِأَبِيهِ، فَقَال عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **إنَّ اللهَ يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلفُوا بِآبَائِكُمْ، فَمَنْ كَانَ حَالفًا فَليَحْلفْ بِاَللهِ أَوْ ليَصْمُتْ**» قَال المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ (أَمَّا لوْ قَال أَنَا بَرِيءٌ مِنْهُ يَكُونُ يَمِينًا لأَنَّ التَّبَرِّي مِنْهُمَا) أَيْ مِنْ النَّبِيِّ وَالقُرْآنِ (كُفْرٌ) وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: سَلمْنَا أَنَّ التَّبَرِّي مِنْهُمَا وَكَذَا مِنْ كُل كِتَابٍ سَمَاوِيٍّ كُفْرٌ، لكِنْ كَوْنُهُ كُفْرًا ليْسَ بِيَمِينٍ وَلا يَسْتَلزِمُهَا، أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ قَال **بِحَيَاتِك لأَفْعَلن كَذَا وَاعْتَقَدَ أَنَّ البِرَّ بِهِ وَاجِبٌ** كَفَرَ وَليْسَ بِيَمِينٍ. وَالجَوَابُ سَيَجِيءُ عِنْدَ قَوْلهِ إنْ فَعَل كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ.

قَال (وَالحَلفُ بِحُرُوفِ القَسَمِ، وَحُرُوفُ القَسَمِ الوَاوُ كَقَولهِ وَاَللهِ وَالبَاءُ كَقَولهِ بِاَللهِ وَالتَّاءُ كَقَولهِ تَاللهِ) لأَنَّ كُل ذَلكَ مَعهُودٌ فِي الأَيمَانِ وَمَذكُورٌ فِي القُرآنِ.

الشرح:

قَال (**وَالحَلفُ بِحُرُوفِ القَسَمِ**) الحَلفُ بِاَللهِ إنَّمَا يَكُونُ بِحَرْفِ القَسَمِ ظَاهِرًا أَوْ مُضْمَرًا، وَبَحْثُ حُرُوفِ القَسَمِ وَكَوْنِ البَاءِ أَصْلا وَغَيْرِهَا بَدَلا وَجَوَازُ إضْمَارِ الحُرُوفِ وَالنَّصْبِ بَعْدَ الإِضْمَارِ عَلى مَا اخْتَارَهُ البَصْرِيُّونَ أَوْ الجَرُّ عَلى مَا اخْتَارَهُ الكُوفِيُّونَ كُلُّهُ وَظِيفَةٌ نَحْوِيَّةٌ فِي الأَصْل، وَالأُصُوليُّ يَبْحَثُ عَنْهَا مِنْ حَيْثُ اسْتِنْبَاطُ المَسَائِل الفِقْهِيَّةِ مِنْهَا وَالوَاصِلُ إلى حَدِّ الاشْتِغَال بِكِتَابِ الهِدَايَةِ لا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ قَدْ حَلفَ ذَلكَ وَرَآهُ. وَالفَرْقُ بَيْنَ الإِضْمَارِ وَالحَذْفِ بَقَاءُ أَثَرِ المُضْمَرِ دُونَ المَحْذُوفِ. وَالمُصَنِّفُ ذَكَرَ الإِضْمَارَ فِي الرِّوَايَةِ وَالحَذْفَ فِي التَّعْليل بِطَرِيقِ المُسَاهَلةِ كَذَا فِي النِّهَايَةِ. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال أَطْلقَ الإِضْمَارَ بِالنَّظَرِ إلى الجَرِّ وَالحَذْفَ بِالنَّظَرِ إلى النَّصْبِ.

---

(١) أخرجه البخاري (٦١٠٨)، ومسلم في الأيمان (٢)، وانظر نصب الراية (٣/٤٤٨).

(وَقَد يُضمرُ الحَرفَ فَيَكُونُ حَالفًا كَقَولِهِ اللهِ لا أَفعَلُ كَذَا) لأَنَّ حَذفَ الحَرفِ مِن عَادَةِ العَرَبِ إيجَازًا، ثُمَّ قِيل يُنصَبُ لانتِزَاعِ الحَرفِ الخَافِضِ، وَقِيل يُخفَضُ فَتَكُونُ الكَسرَةُ دَالةً عَلى المَحذُوفِ، وَكَذَا إذَا قَال للهِ فِي المُختَارِ لأَنَّ البَاءَ تُبَدَّلُ بِهَا، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ ءَامَنتُمۡ لَهُۥ ﴾. أَي آمَنتُم بِهِ.

وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: إذَا قَال وَحَقِّ اللهِ فَليسَ بِحَالفٍ، وَهُوَ قَولُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى وَإِحدَى الرِّوَايَتَينِ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى. وَعَنهُ رِوَايَةٌ أُخرَى أَنَّهُ يَكُونُ يَمِينًا لأَنَّ الحَقَّ مِن صِفَاتِ اللهِ تَعَالى وَهُوَ حَقِيَتُهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَال وَاللهِ الحَقِّ وَالحَلفُ بِهِ مُتَعَارَفٌ. وَلهُمَا أَنَّهُ يُرَادُ بِهِ طَاعَةُ اللهِ تَعَالى، إذ الطَّاعَاتُ حُقُوقُهُ فَيَكُونُ حَلفًا بِغَيرِ اللهِ، قَالُوا: وَلو قَال وَالحَقِّ يَكُونُ يَمِينًا، وَلو قَال حَقًّا لا يَكُونُ يَمِينًا؛ لأَنَّ الحَقَّ مِن أَسمَاءِ اللهِ تَعَالى، وَالمُنَكَّرُ يُرَادُ بِهِ تَحقِيقُ الوَعدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا قَال لله فِي المُخْتَارِ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لوْ قَال لله عَليَّ أَنْ لا أُكَلمَ فُلانًا أَنَّهَا ليْسَتْ بِيَمِينٍ، إلا أَنْ يَنْوِيَ لأَنَّ الصِّيغَةَ صِيغَةُ النَّذْرِ وَيَحْتَمِلُ مَعْنَى اليَمِينِ، وَلا أَثَرَ لتَغْيِيرِ الإِعْرَابِ فِي المُقْسَمِ به نَصْبًا وَجَرًّا فِي مَنْعِ صِحَّةِ القَسَمِ لأَنَّ العَوَامَّ لا يُمَيِّزُونَ بَيْنَ وُجُوهِ الإِعْرَابِ. وَقَوْلُهُ (قَال أَبُو حَنِيفَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالمُنْكَرُ يُرَادُ به تَحْقِيقُ الوَعْدِ) يُرِيدُ الفَرْقَ بَيْنَ وَالحَقِّ وَحَقًّا بِأَنَّ المُعَرَّفَ اسْمٌ مِنْ أَسْمَاءِ الله تَعَالى. قَال اللهُ تَعَالى ﴿ وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلۡحَقُّ أَهۡوَآءَهُمۡ ﴾ [المؤمنون: ٧١] وَالحَلفُ به مُتَعَارَفٌ فَيَكُونُ يَمِينًا. وَأَمَّا المُنَكَّرُ فَهُوَ مَصْدَرٌ مَنْصُوبٌ بِفِعْلٍ مُقَدَّرٍ فَكَأَنَّهُ قَال: أَفْعَلُ هَذَا الفِعْل لا مَحَالةَ، وَليْسَ فِيهِ مَعْنَى الحَلفِ فَضْلا عَنْ اليَمِينِ.

(وَلو قَال أُقسِمُ أَو أُقسِمُ بِاَللهِ أَو أَحلفُ أَو أَحلفُ بِاَللهِ أَو أَشهَدُ أَو أَشهَدُ بِاَللهِ فَهُوَ حَالفٌ)؛ لأَنَّ هَذِهِ الأَلفَاظَ مُستَعمَلةٌ فِي الحَلفِ وَهَذِهِ الصِّيغَةُ للحَال حَقِيقَةً وَتُستَعمَلُ للاستِقبَال بِقَرِينَةٍ فَجُعِل حَالفًا فِي الحَال، وَالشَّهَادَةُ يَمِينٌ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ قَالُواْ نَشۡهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ ﴾ [المنافقون: ١] ثُمَّ قَال ﴿ ٱتَّخَذُوٓاْ أَيۡمَٰنَهُمۡ جُنَّةً ﴾ [المنافقون: ٢] وَالحَلفُ بِاَللهِ هُوَ المَعهُودُ المَشرُوعُ وَبِغَيرِهِ مَحظُورٌ فَصُرِفَ إليهِ. وَلهَذَا قِيل لا يَحتَاجُ إلى النِّيَّةِ. وَقِيل لا بُدَّ مِنهَا لاحتِمَال العِدَةِ وَاليَمِينِ بِغَيرِ اللهِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَالَ أُقْسِمُ أَوْ أُقْسِمُ بِاَللَّهِ أَوْ أَحْلِفُ أَوْ أَحْلِفُ بِاَللَّهِ) ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الْيَمِينَ مَا كَانَ حَامِلًا عَلَى فِعْلِ شَيْءٍ أَوْ تَرْكِهِ مُوجِبًا لِلْبِرِّ، وَعِنْدَ فَوَاتِهِ يَكُونُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ عَلَى وَجْهِ الْخِلَافَةِ عَنْ الْبِرِّ. ثُمَّ قَوْلُهُ أُقْسِمُ لَا يَكُونُ مُوجِبًا مِنْ الْبِرِّ شَيْئًا بِمُجَرَّدِهِ لِأَنَّهُ لَمْ تَنْعَقِدْ يَمِينُهُ عَلَى فِعْلِ شَيْءٍ أَوْ تَرْكِهِ فَكَيْفَ يَكُونُ يَمِينًا، وَلِأَنَّ الْكَفَّارَةَ إنَّمَا تَكُونُ لِسَتْرِ الذَّنْبِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ بِسَبَبِ هَتْكِ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى وَلَيْسَ فِي أُقْسِمُ مُجَرَّدًا هَتْكُ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى فَكَيْفَ يَكُونُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ أُقْسِمُ صِيغَةُ فِعْلٍ مُضَارِعٍ فَكَمَا تَكُونُ هِيَ لِلْحَالِ كَذَلِكَ تَكُونُ لِلِاسْتِقْبَالِ، فَلَوْ وَجَبَتْ الْكَفَّارَةُ مِنْ حَيْثُ إنَّهَا لِلْحَالِ لَمْ تَجِبْ مِنْ حَيْثُ إنَّهَا لِلِاسْتِقْبَالِ وَلَمْ تَكُنْ وَاجِبَةً قَبْلَ هَذَا فَلَا تَجِبُ بِالشَّكِّ لَا سِيَّمَا فِي حَقِّ الْكَفَّارَةِ فَإِنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالْحُدُودِ حَتَّى إنَّهَا إذَا اجْتَمَعَتْ تَدَاخَلَتْ كَالْحُدُودِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ أَلْحَقَ بِقَوْلِهِ عَلَيَّ يَمِينٌ وَهُوَ يُوجِبُ الْكَفَّارَةَ ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ وَغَيْرِهَا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ كَلِمَةَ عَلَيَّ لِلْإِيجَابِ وَالْيَمِينُ لَا يُوصَفُ بِالْوُجُوبِ، وَإِنَّمَا مُوجَبُهُ يُوصَفُ بِذَلِكَ وَمُوجَبُهُ الْبِرُّ وَهُوَ غَيْرُ مُمْكِنٍ هُنَا أَوْ خَلَفُهُ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ فَيُجْعَلُ كَلَامُهُ إقْرَارًا بِالْكَفَّارَةِ صَوْنًا لِكَلَامِهِ عَنْ الْإِلْغَاءِ. وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ أُقْسِمُ إخْبَارٌ عَنْ الْقَسَمِ فِي الْحَالِ وَمَا ثَمَّ قَسَمٌ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ جُمْلَةٍ إنْشَائِيَّةٍ يُؤَكَّدُ بِهَا جُمْلَةٌ أُخْرَى كَمَا تَقَدَّمَ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ شَيْءٌ فَيُجْعَلُ إقْرَارًا عَنْ مُوجَبِ مُوجَبِ الْيَمِينِ بِطَرِيقِ الْخِلَافَةِ لِذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ إقْرَارًا بِوُجُوبِ الْكَفَّارَةِ لَمْ يَحْتَجْ إلَى وُجُوبِ الْبِرِّ ابْتِدَاءً وَلَا إلَى تَصْوِيرِ هَتْكِ حُرْمَةِ اسْمِ اللَّهِ وَلَا إلَى جَعْلِ تِلْكَ الصِّيغَةِ لِلِاسْتِقْبَالِ، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُشِيرُ إلَى أَنَّهُ قَالَ عَلَيَّ يَمِينٌ أَوْ أُقْسِمُ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ، أَمَّا إذَا **قَالَ أُقْسِمُ لَأَفْعَلَن كَذَا أَوْ عَلَيَّ يَمِينٌ أَنْ أَفْعَلَ كَذَا** لَا يَصِحُّ إقْرَارًا فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْيَمِينَ عَقْدٌ قَوِيَ بِهِ عَزْمُ الْحَالِفِ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ التَّرْكِ وَهُوَ مَوْجُودٌ، وَالْعَادَةُ قَدْ جَرَتْ بِالْيَمِينِ بِهِ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ إِذْ أَقْسَمُواْ لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ﴾ [القلم: ١٧]، وَقَالَ تَعَالَى ﴿ أَقْسَمُواْ بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَـٰنِهِمْ ﴾ [المائدة: ٥٣] وَقَالَ تَعَالَى ﴿ يَحْلِفُونَ لَكُمْ لِتَرْضَوْاْ عَنْهُمْ فَإِن تَرْضَوْاْ عَنْهُمْ ﴾]التوبة: ٩٦] وَقَالَ تَعَالَى ﴿يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ لَكُمْ لِيُرْضُوكُمْ ﴾

[التوبة: ٦٢] وَقَال تَعَالى ﴿ قَالُواْ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ ﴾ [المنافقون: ١] وَقَال تَعَالى: ﴿ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَـٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ ﴾ [النور: ٦] فَكَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ حَرْفُ القَسَمِ مُضْمَرًا جَازَ أَنْ يَكُونَ المُقْسَمُ بِهِ أَيْضًا كَذَلكَ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلى زُفَرَ فِي عَدَمِ جَوَازِهِ بِدُونِ ذِكْرِ اسْمِ اللهِ. ثُمَّ اخْتُلفَ فِي النِّيَّةِ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللهِ تَعَالى، فَقِيل: لا يَحْتَاجُ إِليْهَا، وَقِيل لا بُدَّ مِنْهَا لاحْتِمَال العِدَّةِ وَاليَمِينِ بِغَيْرِ اللهِ.

(وَلو قَال بِالفَارِسِيَّةِ سوكند ميخورم بخداي يَكُونُ يَمِينًا)؛ لأَنَّهُ للحَال. وَلو قَال سوكند خورم قِيل لا يَكُونُ يَمِينًا وَلو قَال بِالفَارِسِيَّةِ سوكند خورم بِطَلاقِ زنم لا يَكُونُ يَمِينًا؛ لعَدَمِ التَّعَارُفِ.

قَال: (وَكَذَا قَوْلُهُ لعَمرُ اللهِ وَايمُ اللهِ) لأَنَّ عَمرَ اللهِ بَقَاءُ اللهِ، وَايمُ اللهِ مَعنَاهُ ايمَنُ اللهِ وَهُوَ جَمعُ يَمِينٍ، وَقِيل مَعنَاهُ وَاللهُ وَايمُ صِلةٌ كَالوَاوِ، وَالحَلفُ بِاللفظَينِ مُتَعَارَفٌ.

الشرح:

قَال (وَكَذَا قَوْلُهُ لعَمْرُ اللهِ) هَذَا مَعْطُوفٌ عَلى أَصْل المَسْأَلةِ وَهُوَ قَوْلُهُ أُقْسِمُ إلخ، وَالعَمْرُ بِالفَتْحِ وَالضَّمِّ البَقَاءُ إلا أَنَّ الفَتْحَ غَلبَ فِي القَسَمِ لا يَجُوزُ فِيهِ الضَّمُّ. قَال فِي المَبْسُوطِ: لعَمْرُ اللهِ يَمِينٌ بِاعْتِبَارِ المَعْنَى، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ لَعَمْرُكَ ﴾ [الحجر: ٧٢] وَالعَمْرُ هُوَ البَقَاءُ وَالبَقَاءُ صِفَاتُ الذَّاتِ فَكَأَنَّهُ قَال وَاللهِ البَاقِي (وَايْمُ اللهِ) مَعْنَاهُ ايْمَنُ اللهِ وَهُوَ جَمْعُ يَمِينٍ عِنْدَ الكُوفِيِّينَ. وَقَال البَصْرِيُّونَ: مَعْنَاهُ وَاللهِ وَكَلمَةُ أَيْمُ صِلةٌ: أَيْ كَلمَةٌ مُسْتَقِلةٌ كَالوَاوِ وَالبَحْثُ فِي قَطْعِ هَمْزَتِهِ وَوَصْلهَا وَغَيْرِ ذَلكَ وَظِيفَةٌ نَحْوِيَّةٌ. قَوْلُهُ (وَالحَلفُ بِاللفْظَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ **قَوْلهُ لعَمْرُكَ وَايْمُ اللهِ** (مُتَعَارَفٌ) يُحْلفُ بِهِمَا فِي العَادَةِ وَلمْ يَرِدْ نَهْيٌ مِنْ الشَّرْعِ فَيَكُونُ يَمِينًا.

(وَكَذَا قَوْلُهُ وَعَهدُ اللهِ وَمِيثَاقُهُ) لأَنَّ العَهدَ يَمِينٌ. قَال اللهُ تَعَالى ﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ ﴾ [النحل: ٩١] وَالمِيثَاقُ عِبَارَةٌ عَن العَهدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا قَوْلُهُ عَهْدُ اللهِ وَمِيثَاقُهُ) ظَاهِرٌ. وَمَنْ قَال عَليَّ نَذْرٌ أَوْ نَذْرُ اللهِ أَنْ لا أَفْعَل كَذَا كَانَ يَمِينًا.

(وَكَذَا إِذَا قَال عَليَّ نَذرٌ أَو نَذرُ اللهِ) لقَولهِ ﷺ «مَن نَذَرَ نَذرًا وَلم يُسَمِّ فَعَليهِ

كَفَّارَةُ يَمِينٍ»(١).

الشرح:

لِقَوْلِهِ ﷺ "مَنْ نَذَرَ نَذْرًا وَلَمْ يُسَمِّ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ").

(وَإِن قَال إن فَعَلت كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَو نَصرَانِيٌّ أَو كَافِرٌ تَكُونُ يَمِينًا)؛ لأَنَّهُ لَمَّا جَعَل الشَّرطَ عَلمًا عَلى الكُفرِ فَقَد اعتَقَدَهُ وَاجِبَ الامتِنَاعِ، وَقَد أَمكَنَ القَولُ بِوُجُوبِهِ لِغَيرِهِ بِجَعلِهِ يَمِينًا كَمَا تَقُولُ فِي تَحرِيمِ الحَلَالِ. وَلو قَال ذَلكَ لِشَيءٍ عَقَدَ فِعلهُ فَهُوَ الغَمُوسُ، وَلا يَكفُرُ اعتِبَارًا بِالمُستَقبل. وَقِيل يَكفُرُ؛ لأَنَّهُ تَنجِيزٌ مَعنًى فَصَارَ كَمَا إِذَا قَال هُوَ يَهُودِيٌّ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَكفُرُ فِيهِمَا إن كَانَ يَعلمُ أَنَّهُ يَمِينٌ، وَإِن كَانَ عِندَهُ أَنَّهُ يَكفُرُ بِالحَلفِ يَكفُرُ فِيهِمَا؛ لأَنَّهُ رَضِيَ بِالكُفرِ حَيثُ أَقدَمَ عَلى الفِعل.

الشرح:

وَمَنْ قَال إنْ فَعَل كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ أَوْ كَافِرٌ أَوْ مَجُوسِيٌّ كَانَ يَمِينًا، لأَنَّهُ لَمَّا جَعَل الشَّرْطَ عَلَمًا عَلَى الكُفْرِ فَقَدْ اعْتَقَدَهُ وَاجِبَ الامْتِنَاعِ، وَقَدْ أَمْكَنَ القَوْلُ بِوُجُوبِهِ لِغَيْرِهِ بِجَعْلِهِ يَمِينًا كَمَا تَقُولُ فِي تَحْرِيمِ الحَلالِ) وَهَذَا جَوَابُ. مَنْ **قَال أَنَا بَرِيءٌ مِنْ الكَعْبَةِ أَوْ النَّبِيِّ** ﷺ فَإِنَّهُ يَكُونُ يَمِينًا وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ كُفْرًا لأَنَّهُ اعْتَقَدَ أَنَّهُ البَرَاءَةُ عَنْ وَاجِبِ الامْتِنَاعِ، وَقَدْ أَمْكَنَ القَوْلُ بِوُجُوبِهِ لِغَيْرِهِ فَكَانَ يَمِينًا، هَذَا هُوَ المَوْعُودُ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إذَا **قَال هُوَ يَهُودِيٌّ إنْ فَعَل كَذَا هُوَ نَصْرَانِيٌّ إنْ فَعَل كَذَا** فَهُمَا يَمِينَانِ، وَإِنْ **قَال هُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ إنْ فَعَل كَذَا** فَهُوَ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ، لأَنَّ فِي الأَوَّل كُل وَاحِدٍ مِنْ اللفْظَيْنِ تَامٌّ بِذِكْرِ الشَّرْطِ وَالجَزَاءِ، وَفِي الثَّانِي كَلامٌ وَاحِدٌ حِينَ ذَكَرَ الشَّرْطَ مَرَّةً وَاحِدَةً.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَال ذَلِكَ لِشَيْءٍ قَدْ فَعَلَهُ) يَعْنِي لَوْ حَلَفَ بِهَذَا اللفْظِ عَلى أَمْرٍ مَاضٍ، فَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ أَنَّهُ صَادِقٌ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ كَاذِبٌ (فَهُوَ الغَمُوسُ وَلا يَكْفُرُ اعْتِبَارًا بِالمُسْتَقْبَل) يَعْنِي كَمَا لوْ حَلَفَ بِهِ عَلى أَمْرٍ فِي المُسْتَقْبَل فَإِنَّهُ فِي المُسْتَقْبَل كَانَ يَمِينًا يَكْفُرُ، وَلا يَكْفُرُ الحَالِفُ كَذَلِكَ إذَا كَانَ فِي المَاضِي (وَقِيل) وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ مُقَاتِلٍ (يَكْفُرُ لأَنَّهُ) عَلقَ الكُفْرَ بِمَا هُوَ مَوْجُودٌ وَالتَّعْلِيقُ بِالمَوْجُودِ (تَنْجِيزٌ)

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٢٢)، وابن ماجه (٢١٢٨)، وانظر نصب الراية (٣/٤٥٠).

فَكَأَنَّهُ قَال هُوَ يَهُودِيٌّ. قَال فِي النِّهَايَةِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَالِمًا يَعْرِفُ أَنَّهُ يَمِينٌ فَلا يَكْفُرُ بِهِ فِي المَاضِي وَالمُسْتَقْبَلِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلا أَوْ عِنْدَهُ أَنَّهُ يَكْفُرُ بِالحَلِفِ فَإِنَّهُ يَكْفُرُ فِي المَاضِي وَالمُسْتَقْبَلِ لأَنَّهُ لَمَّا أَقْدَمَ عَلَى ذَلِكَ الفِعْلِ وَعِنْدَهُ أَنَّهُ يَكْفُرُ فَقَدْ رَضِيَ بِالكُفْرِ.

(وَلو قَال إن فَعَلت كَذَا فَعَلَيَّ غَضَبُ اللهِ أَو سَخَطُ اللهِ فَلَيسَ بِحَلِفٍ) لأَنَّهُ دُعَاءٌ عَلَى نَفسِهِ، وَلا يَتَعَلَّقُ ذَلكَ بِالشَّرطِ؛ وَلأَنَّهُ غَيرُ مُتَعَارَفٍ (وَكَذَا إذَا قَال إن فَعَلت كَذَا فَأَنَا زَانٍ أَو سَارِقٌ أَو شَارِبُ خَمرٍ أَو آكِلُ رِبًا)؛ لأَنَّ حُرمَةَ هَذِهِ الأَشيَاءِ تَحتَمِلُ النَّسخَ وَالتَّبدِيل فَلَم تَكُن فِي مَعنَى حُرمَةِ الاسمِ وَلأَنَّهُ لَيسَ بِمُتَعَارَفٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الأَشْيَاءِ تَحْتَمِلُ النَّسْخَ وَالتَّبْدِيل) قَال فِي النِّهَايَةِ: أَمَّا الزِّنَا وَالسَّرِقَةُ فَإِنَّهُمَا لا يَحْتَمِلانِ النَّسْخَ، وَلكِنْ ذَلِكَ الفِعْلُ المَقْصُودُ بِالزِّنَا وَالعَيْنُ المَقْصُودَةُ بِالسَّرِقَةِ بِعَيْنِهِ جَازَ أَنْ يَكُونَ حَلالا لَهُ بِوَجْهِ النِّكَاحِ وَمِلْكِ اليَمِينِ فَسَمَّى احْتِمَال انْقِلابِهِمَا مِنْ الحُرْمَةِ إلى الحِل بِالسَّبَبِ الشَّرْعِيِّ نَسْخًا وَتَبْدِيلا، وَأَمَّا الخَمْرُ وَالرِّبَا فَيَحْتَمِلانِ النَّسْخَ. أَمَّا الخَمْرُ فَظَاهِرٌ أَنَّهَا كَانَتْ حَلالا ثُمَّ انْتَسَخَ، وَأَمَّا الرِّبَا فَيَحْتَمِلُ النَّسْخَ فِي نَفْسِهِ وَإِنْ لَمْ يَرِدْ النَّسْخُ فِي حَقِّهِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ يَحِلُّ فِي دَارِ الحَرْبِ. وَأَقُولُ: فِي كَلامِ المُصَنِّفِ لَفٌّ وَنَشْرٌ عَلَى غَيْرِ السَّنَنِ، وَذَلِكَ لأَنَّ قَوْلَهُ نَسْخًا مُتَعَلِّقٌ بِشُرْبِ الخَمْرِ وَأَكْلِ الرِّبَا. وَقَوْلُهُ تَبْدِيلا بِالزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَيُرَادُ بِالتَّبْدِيلِ انْقِلابُ المَحَل عَلَى مَا ذَكَرَ، وَهَذَا إفَادَةٌ وَالحَمْلُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ إعَادَةٌ، وَالحَمْلُ عَلَى الأُولى أَوْلى، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ تَكُنْ حُرْمَةُ هَذِهِ الأَشْيَاءِ فِي مَعْنَى حُرْمَةِ اسْمِ اللهِ تَعَالى لأَنَّ حُرْمَتَهُ لا تَحِلُّ فِي حَالٍ فَلا يَتَحَقَّقُ اليَمِينُ بِذِكْرِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ (وَلأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَارَفٍ) فَلا يَكُونُ يَمِينًا.

فَصلٌ فِي الكَفَّارَةِ

قَال: (كَفَّارَةُ اليَمِينِ عِتقُ رَقَبَةٍ يُجزِي فِيهَا مَا يُجزِي فِي الظِّهَارِ وَإِن شَاءَ كَسَا عَشَرَةَ مَسَاكِينَ كُل وَاحِدٍ ثَوبًا فَمَا زَادَ، وَأَدنَاهُ مَا يَجُوزُ فِيهِ الصَّلاةُ وَإِن شَاءَ أَطعَمَ عَشَرَةَ مَسَاكِينَ كَالإِطعَامِ فِي كَفَّارَةِ الظِّهَارِ) وَالأَصلُ فِيهِ قَولُه تَعَالى ﴿ فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ﴾ [المائدة: ٨٩]، وَكَلِمَةُ أَو لِلتَّخيِيرِ فَكَانَ الوَاجِبُ أَحَدَ الأَشيَاءِ الثَّلاثَةِ.

الشرح:

(**فَصْلٌ فِي الكَفَّارَةِ**) لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ المُوجِبِ شَرَعَ فِي بَيَانِ المُوجَبِ وَهُوَ **الكَفَّارَةُ**، لكِنْ هِيَ مُوجَبُ العَيْنِ عِنْدَ الانْقِلابِ لأَنَّ اليَمِينَ لَمْ تُشْرَعْ للكَفَّارَةِ بَل تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً لَهَا عِنْدَ انْتِقَاضِهَا بِالحِنْثِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ، وَكَوْنُ الوَاجِبِ أَحَدَ الأَشْيَاءِ عَلَى التَّخْيِيرِ أَوْ وَاحِدًا مُعَيَّنًا عِنْدَ اللهِ إِنْ كَانَ مَجْهُولا عِنْدَنَا، وَعَدَمُ حَمْلِ الشَّافِعِيِّ المُطْلَقِ عَلَى المُقَيَّدِ عَلَى مَا هُوَ مِنْ مَذْهَبِهِ وَغَيْرُ ذَلِكَ مُقَرَّرٌ فِي التَّقْرِيرِ فَلْيُطْلَبْ ثَمَّةَ.

قَال (فَإِن لم يَقدِر عَلَى أَحَدِ الأَشيَاءِ الثَّلاثَةِ صَامَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُخَيَّرُ لإطلاقِ النَّصِّ. وَلنَا قِرَاءَةُ ابنِ مَسعُودٍ رَضِيَ اللهُ تَعَالى عَنهُ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ وَهِيَ كَالخَبَرِ المَشهُورِ

ثُمَّ المَذكُورُ فِي الكِتَابِ فِي بَيَانِ أَدنَى الكِسوَةِ مَروِيٌّ عَن مُحَمَّدٍ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّ أَدنَاهُ مَا يَستُرُ عَامَّةَ بَدَنِهِ حَتَّى لا يَجُوزَ السَّرَاوِيل، وَهُوَ الصَّحِيحُ لأَنَّ لابِسَهُ يُسَمَّى عُريَانًا فِي العُرفِ، لكِنَّ مَا لا يُجزِيهِ عَن الكِسوَةِ يُجزِيه عَن الطَّعَامِ بِاعتِبَارِ القِيمَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ فِي نَوَادِرِ ابْنِ سَمَاعَةَ أَنَّهُ يَجُوزُ، وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى إِنْ أَعْطَى السَّرَاوِيل المَرْأَةَ لا يَجُوزُ، وَإِنْ أَعْطَى الرَّجُل يَجُوزُ لأَنَّ المُعْتَبَرَ رَدُّ العُرْيِ بِقَدْرِ مَا تَجُوزُ بِهِ الصَّلاةُ، لأَنَّ سَتْرَ العَوْرَةِ فَرْضٌ لا تَجُوزُ الصَّلاةُ بِدُونِه، أَمَّا مَا زَادَ عَلَيْهِ فَفَضْلٌ يُعْتَبَرُ للتَّجَمُّل أَوْ للتَّدَثُّرِ فَلا يُؤَاخَذُ عَلَيْهِ فِي الكِسْوَةِ كَمَا لا يُؤَاخَذُ عَلَيْهِ الإِدَامُ فِي الطَّعَامِ. وَقَوْلُهُ (لكِنْ مَا لا يَجْزِيه عَنْ الكِسْوَة يَجْزِيه عَنْ الطَّعَامِ بِاعْتِبَارِ القِيمَة) يَعْنِي لوْ أَعْطَى كُل مِسْكِينٍ نِصْفَ ثَوْبٍ لَمْ يُجْزِه عَنْ الكِسْوَة لأَنَّ الاكْتِسَاءَ لا يَحْصُلُ بِه وَلَكِنَّهُ يَجْزِيه مِنْ الطَّعَامِ إِذَا كَانَ نِصْفَ ثَوْبٍ يُسَاوِي نِصْفَ صَاعٍ مِنْ حِنْطَة، وَكَذَلِكَ لوْ **أَعْطَى عَشَرَةَ مَسَاكِينَ ثَوْبًا بَيْنَهُمْ وَهُوَ ثَوبٌ كَثِيرُ القِيمَة يُصِيبُ كُلًّا مِنْهُمْ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَة ثَوْبٍ** لَمْ يُجْزِه مِنْ الكِسْوَة لأَنَّهُ لا يَكْتَسِي بِه كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَلكِنْ يَجْزِيه مِنْ الطَّعَامِ. وَهَل يُشْتَرَطُ النِّيَّةُ أَوْ لا؟ ذَكَرَ شَيْخُ الإِسْلامِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة أَنَّهُ يَجْزِيه نَوَى أَنْ يَكُونَ بَدَلا عَنْ الطَّعَامِ أَوْ لَمْ يَنْوِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: إِذَا نَوَى أَنْ

يَكُونَ عَنْ الطَّعَامِ يَجْزِيهِ عَنْ الطَّعَامِ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يُجْزِهِ.

(وَإِن قَدَّمَ الكَفَّارَةَ عَلى الحِنثِ لم يُجزِهِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُجزِيهِ بِالمَال لأَنَّهُ أَدَّاها بَعدَ السَّبَبِ وَهُوَ اليَمِينُ فَأَشبَهَ التَّكفِيرَ بَعدَ الجَرحِ. وَلَنَا أَنَّ الكَفَّارَةَ لستر الجِنَايَةِ وَلا جِنَايَةَ هَاهُنَا، وَلَيسَت بِسَبَبٍ لأَنَّهُ مَانِعٌ غَيرُ مُفضٍ، بِخِلافِ الجَرحِ لأَنَّهُ مُفضٍ. (ثُمَّ لا يَستَرِدُّ مِن المِسكِينِ) لوُقُوعِهِ صَدَقَةً.

الشرح:

(وَإِنْ قَدَّمَ **الكَفَّارَةَ عَلى الحِنْث** لَمْ يُجْزِهِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَجْزِيهِ بِالمَال لأَنَّهُ أَدَّاهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ اليَمِينُ) لأَنَّهَا تُضَافُ إلى اليَمِينِ، يُقَالُ كَفَّارَةُ اليَمِينِ، وَالوَاجِبَاتُ تُضَافُ إلى أَسْبَابِهَا حَقِيقَةً، وَالأَدَاءُ بَعْدَ السَّبَبِ جَائِزٌ لا مَحَالَةَ (فَأَشْبَهَ التَّكْفِيرَ بَعْدَ الجُرْحِ. وَلَنَا أَنَّ الكَفَّارَةَ لسَتْرِ الجِنَايَةِ وَلا جِنَايَةَ هَاهُنَا) لأَنَّهَا تَحْصُلُ بِهَتْكِ حُرْمَةِ اسْمِ اللهِ بِالحِنْث. وَقَوْلُهُ (وَاليَمِينُ لَيْسَتْ بِسَبَبٍ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لأَنَّهُ أَدَّاهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ اليَمِينُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّبَبَ مَا يَكُونُ مُفْضِيًا، وَاليَمِينُ غَيْرُ مُفْضٍ إلى الكَفَّارَةِ لأَنَّهَا تَجِبُ بَعْدَ نَقْضِهَا بِالحِنْث، وَإِنَّمَا أُضِيفَتْ إلَيْهَا لأَنَّهَا تَجِبُ بِحِنْث بَعْدَ اليَمِينِ كَمَا تُضَافُ الكَفَّارَةُ إلى الصَّوْمِ (بِخِلافِ الجُرْحِ لأَنَّهُ مُفْضٍ) إلى المَوْتِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ لا يَسْتَرِدُّ مِنْ المِسْكِينِ) قِيل هُوَ مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِهِ لَمْ يُجْزِهِ: يَعْنِي وَإِنْ لَمْ يَقَعْ كَفَّارَةً إذَا دَفَعَ إلى المِسْكِينِ قَبْل الحِنْث لكِنْ لا يَسْتَرِدُّ مِنْهُ لأَنَّهُ قَصَدَ شَيْئَيْنِ سَتْرَ الجِنَايَةِ وَحُصُول الثَّوَابِ، وَلَمْ يَحْصُل الأَوَّلُ لعَدَمِ الجِنَايَةِ فَيَحْصُلُ الثَّانِي فَتَكُونُ قَدْ وَقَعَتْ صَدَقَةً فَلا رُجُوعَ فِيهَا.

قَال: (وَمَن حَلفَ عَلى مَعصِيَةٍ مِثل أَن لا يُصَليَ أَو لا يُكَلمَ أَبَاهُ أَو لَيَقتُلَنَّ فُلانًا يَنبَغِي أَن يُحنِثَ نَفسَهُ وَيُكَفِّرَ عَن يَمِينِهِ) لقَولِهِ ﷺ «مَن حَلفَ عَلى يَمِينٍ وَرَأَى غَيرَهَا خَيرًا مِنهَا فَليَأتِ بِالذِي هُوَ خَيرٌ ثُمَّ ليُكَفِّر عَن يَمِينِهِ»[1] وَلأَنَّ فِيمَا قُلنَاهُ تَفوِيتُ البِرِّ إلى جَابِرٍ وَهُوَ الكَفَّارَةُ وَلا جَابِرَ للمَعصِيَةِ فِي ضِدِّهِ.

الشرح:

(**وَمَنْ حَلفَ عَلى مَعْصِيَةٍ مِثْل أَنْ لا يُصَليَ أَوْ لا يُكَلمَ أَبَاهُ أَوْ لَيَقْتُلن فُلانًا** يَنْبَغِي أَنْ يُحَنِّثَ نَفْسَهُ وَيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ لقَوْلِهِ ﷺ «**مَنْ حَلفَ عَلى يَمِينٍ وَرَأَى غَيْرَهَا**

(١) أخرجه مسلم في الأيمان (١٣).

خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَأْتِ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ ثُمَّ لِيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ») مَعْنَاهُ مَنْ حَلَفَ عَلَى مُقْسَمٍ عَلَيْهِ مِنْ فِعْلٍ أَوْ تَرْكٍ لِأَنَّ الْيَمِينَ مُرَكَّبَةٌ مِنْ مُقْسَمٍ بِهِ وَهُوَ بِاللَّهِ وَمُقْسَمٍ عَلَيْهِ وَهُوَ قَوْلُهُ لَأَفْعَلَن أَوْ لا أَفْعَلُ فَكَانَ مِنْ بَابِ ذِكْرِ الْكُلِّ وَإِرَادَةِ الْبَعْضِ.

وَفِي وَجْهِ الاسْتِدْلالِ بِهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ قَالَ «**وَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا**» فَالْمُدَّعِي مُطْلَقٌ، وَالدَّلِيلُ مَشْرُوطٌ بِرُؤْيَةِ غَيْرِهِ خَيْرًا.

وَالْجَوَابُ أَنَّ حَالَ الْمُسْلِمِ يَقْتَضِي أَنْ يَرَى تَرْكَ الْمَعْصِيَةِ خَيْرًا مِنْهَا فَيَجْعَلِ الشَّرْطَ مَوْجُودًا نَظَرًا إِلَى حَالِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّ فِيمَا قُلْنَا) يَعْنِي أَدَاءَ الْكَفَّارَةِ بَعْدَ الْحِنْثِ (تَفْوِيتَ الْبِرِّ إِلَى جَابِرٍ وَهُوَ الْكَفَّارَةُ) لِمَا أَنَّ الْجَابِرَ يَقْتَضِي سَبْقَ خَلَلِ الْمَجْبُورِ وَهُوَ خَلَلُ الْيَمِينِ بِالْحِنْثِ فِيمَا قُلْنَا فَتَصْلُحُ الْكَفَّارَةُ جَابِرَةً (وَلا جَابِرَ لِلْمَعْصِيَةِ فِي ضِدِّهِ) أَيْ فِي ضِدِّ مَا قُلْنَا أَيْ لا جَابِرَ لِمَعْصِيَةِ الْحِنْثِ فِيمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ لِأَنَّ الْحِنْثَ لَمَّا تَأَخَّرَ عَنْ الْكَفَّارَةِ لَمْ تَصْلُحْ الْكَفَّارَةُ السَّابِقَةُ جَابِرَةً لِذَلِكَ الْحِنْثِ لِأَنَّ الْجَابِرَ لا يَتَقَدَّمُ، كَذَا فِي النِّهَايَةِ. وَقَالَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ: وَلِأَنَّ فِيمَا قُلْنَا: أَيْ فِي تَحْنِيثِ النَّفْسِ وَالتَّكْفِيرِ بَعْدَ ذَلِكَ تَفْوِيتُ الْبِرِّ إِلَى جَابِرٍ وَالْجَابِرُ هُوَ الْكَفَّارَةُ، وَالْفَوَاتُ إِلَى جَابِرٍ كَلا فَوَاتٍ فَتَكُونُ الْمَعْصِيَةُ الْحَاصِلَةُ بِتَفْوِيتِ الْبِرِّ كَلا مَعْصِيَةٍ لِوُجُودِ الْجَابِرِ، أَمَّا إِذَا أَتَى بِالْبِرِّ وَهُوَ تَرْكُ الصَّلاةِ وَقَطْعُ الْكَلامِ عَنْ الأَبِ وَقَتْلُ فُلانٍ بِغَيْرِ حَقٍّ تَحْصُلُ الْمَعْصِيَةُ بِلا جَبْرٍ لَهَا فَتَكُونُ الْمَعْصِيَةُ قَائِمَةً لا مَحَالَةَ، فَلِهَذَا قُلْنَا يُحَنِّثُ نَفْسَهُ وَيُكَفِّرُ عَنْ يَمِينِهِ، وَكِلا الْوَجْهَيْنِ صَحِيحٌ وَالثَّانِي أَنْسَبُ.

(وَإِذَا حَلَفَ الْكَافِرُ ثُمَّ حَنِثَ فِي حَالِ كُفْرِهِ أَوْ بَعْدَ إِسْلامِهِ فَلا حِنْثَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْيَمِينِ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِتَعْظِيمِ اللهِ تَعَالَى، وَمَعَ الْكُفْرِ لا يَكُونُ مُعَظِّمًا وَلا هُوَ أَهْلُ الْكَفَّارَةِ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ.

الشرح:

(وَإِذَا حَلَفَ الْكَافِرُ ثُمَّ حَنِثَ فِي حَالِ كُفْرِهِ أَوْ بَعْدَ إِسْلامِهِ فَلا حِنْثَ) أَيْ لا كَفَّارَةَ (عَلَيْهِ) وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُكَفِّرُ بِالْمَالِ لِأَنَّ الْيَمِينَ تُعْقَدُ لِلْبِرِّ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِمَّنْ يَعْتَقِدُ تَعْظِيمَ حُرْمَةِ اسْمِ اللهِ وَهُوَ يَعْتَقِدُ ذَلِكَ فَكَانَ اعْتِقَادُهُ يَحْمِلُهُ عَلَى الْبِرِّ وَلِهَذَا يُسْتَحْلَفُ فِي الدَّعَاوَى وَالْخُصُومَاتِ (وَلَنَا أَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْيَمِينِ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِتَعْظِيمِ اللهِ وَمَعَ الْكُفْرِ لا يَكُونُ مُعَظِّمًا) إِذْ الْكُفْرُ إِهَانَةٌ وَاسْتِخْفَافٌ بِالْخَالِقِ وَهُوَ

يُنَافِي التَّعَظُّمَ (وَلا هُوَ أَهْلٌ لِلكَفَّارَةِ لأَنَّهَا عِبَادَةٌ) بخلاف الاسْتِحْلاف فِي الدَّعَاوَى وَالخُصُومَاتِ فَإِنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ ظُهُورُ حَقِّ المُدَّعِي بِالنُّكُول أَوْ الإِقْرَارِ، وَالكُفْرُ لا يُنَافِي ذَلِكَ.

(وَمَن حَرَّمَ عَلى نَفسِهِ شَيئًا مِمَّا يَملِكُهُ لم يَصِر مُحَرَّمًا وَعَليهِ إن استَبَاحَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهِ تَعَالى عَليهِ: لا كَفَّارَةَ عَليهِ لأَنَّ تَحرِيمَ الحَلال قَلبُ المَشرُوعِ فَلا يَنعَقِدُ بِهِ تَصَرُّفٌ مَشرُوعٌ وَهُوَ اليَمِينُ. وَلنَا أَنَّ اللفظَ يُنبِئُ عَن إثبَاتِ الحُرمَةِ، وَقَد أَمكَنَ إعمَالُهُ بِثُبُوتِ الحُرمَةِ لِغَيرِهِ بِإِثبَاتِ مُوجِبِ اليَمِينِ فَيُصَارُ إليهِ، ثُمَّ إذَا فَعَل مِمَّا حَرَّمَهُ قَليلا أَو كَثِيرًا حَنِثَ وَوَجَبَت الكَفَّارَةُ وَهُوَ المَعنَى مِن الاستِبَاحَةِ المَذكُورَةِ لأَنَّ التَّحرِيمَ إذَا ثَبَتَ تَنَاوَل كُل جُزءٍ مِنهُ.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ حَرَّمَ عَلى نَفْسِه شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ) مِثْل أَنْ يَقُول حَرَّمْت عَلى نَفْسِي ثَوْبِي هَذَا أَوْ طَعَامِي هَذَا، (لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا لِعَيْنِه وَعَلَيْه إنْ اسْتَبَاحَهُ) أَيْ إنْ فَعَل شَيْئًا مِمَّا حَرَّمَهُ قَليلا أَوْ كَثِيرًا حَنِثَ وَوَجَبَتْ الكَفَّارَةُ وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا كَفَّارَةَ عَلَيْه لأَنَّ تَحْرِيمَ الحَلال قَلبُ المَشْرُوعِ) وَقَلبُ المَشْرُوعِ (لا يَنْعَقِدُ به تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ وَهُوَ اليَمِينُ) كَعَكْسِه وَهُوَ تَحْلِيلُ الحَرَامِ (وَلنَا أَنَّ اللفْظَ يُنْبِئُ عَنْ إثْبَات الحُرْمَة) فَإِمَّا أَنْ تَثْبُتَ به حُرْمَةٌ لِعَيْنِهَا وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ لأَنَّهُ قَلبُ المَشْرُوعِ كَمَا ذَكَرْتُمْ أَوْ لِغَيْرِهَا (بِإِثْبَاتِ مُوجِبِ اليَمِينِ) وَفِي إعْمَال اللفْظِ وَالمَصِيرِ إلى إعْمَال اللفْظ عِنْدَ الإِمْكَان وَاجِبٌ فَيُصَارُ إليْه.

وَبِهَذَا التَّقْرِيرِ يَنْدَفِعُ مَا قِيل إنَّ بَيْنَ قَوْله لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا وَبَيْنَ قَوْله وَعَلَيْه إنْ اسْتَبَاحَهُ تَنَافِيًا لأَنَّ الاسْتِبَاحَةَ إنَّمَا تُسْتَعْمَلُ فِيمَا إذَا كَانَ ثَمَّةَ تَحْرِيمٌ. وَقَوْلُهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا يُنَافِيه، وَذَلِكَ لأَنَّ قَوْلهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا مَعْنَاهُ مُحَرَّمًا لِعَيْنِه. وَقَوْلُهُ إنْ اسْتَبَاحَهُ إشَارَةٌ إلى الحُرْمَة لِغَيْرِه.

وَعُورِضَ بِأَنَّ اليَمِينَ إمَّا أَنْ يُذْكَرَ مُقْسَمٌ به وَهُوَ عِنْدَ ذِكْرِ اسْمٍ مِنْ أَسْمَاءِ اللهِ أَوْ صِفَة مِنْ صِفَاته كَمَا تَقَدَّمَ، أَوْ بِأَنْ يُذْكَرَ شَرْطٌ وَجَزَاءٌ وَليْس شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ فَكَيْفَ صَارَ يَمِينًا. وَأُجِيبَ بِسُقُوطِهَا بِقَوْله تَعَالى ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] بَعْدَ قَوْلِه ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] فِي تَحْرِيمِ العَسَل أَوْ

تَحْرِيمِ مَارِيَةَ، أَطْلَقَ الأَيْمَانَ عَلَى تَحْرِيمِ الحَلال وَفَرَضَ تَحِلةَ الأَيْمَانِ، وَالرَّأْيُ لا يُعَارِضُ النُّصُوصَ السَّمْعِيَّةَ.

(وَلو قَال كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إلا أن يَنوِيَ غيرَ ذَلكَ) وَالقِيَاسُ أَن يَحنَثَ كَمَا فَرَغَ لأَنَّهُ بَاشَرَ فِعلا مُبَاحًا وَهُوَ التَّنَفُّسُ وَنَحوُهُ، هَذَا قَولُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ المَقصُودَ وَهُوَ البِرُّ لا يَتَحَصَّلُ مَعَ اعتِبَارِ العُمُومِ، وَإِذَا سَقَطَ اعتِبَارُهُ يَنصَرِفُ إلى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ للعُرفِ فَإِنَّهُ يُستَعمَلُ فِيمَا يَتَنَاوَلُ عَادَةً.

وَلا يَتَنَاوَلُ المَرأَةَ إلا بِالنِّيَّةِ لإِسقَاطِ اعتِبَارِ العُمُومِ. وَإِذَا نَوَاهَا كَانَ إيلاءً وَلا تُصرَفُ اليَمِينُ عَن المَأكُولِ وَالمَشرُوبِ، وَهَذَا كُلُّهُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَمَشَايِخُنَا قَالُوا يَقَعُ بِهِ الطَّلاقُ عَن غَيرِ نِيَّةٍ لغَلبَةِ الاستِعمَال وَعَلَيهِ الفَتوَى، وَكَذَا يَنبَغِي فِي قَولهِ حَلالٌ يُروَى حَرَامٌ للعُرفِ. وَاختَلفُوا فِي قَولهِ هرجه بردست رَاست كيرم بِروَي وَخِيَار أَنَّهُ هَل تُشتَرَطُ النِّيَّةُ وَالأَظهَرُ أَنَّهُ يُجعَلُ طَلاقًا مِن غَيرِ نِيَّةٍ للعُرفِ.

الشرح:

وَلوْ قَال كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَاب إلا أَنْ يَنْوِيَ غَيْرَ ذَلكَ، وَالقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ كَمَا فَرَغَ) لأَنَّ قَوْلهُ هَذَا فِي قُوَّة أَنْ يُقَال وَالله لا أَفْعَلُ فِعْلا حَلالا وَقَدْ فَعَل فِعْلا حَلالا وَهُوَ التَّنَفُّسُ وَفَتْحُ العَيْنَيْنِ فَيَحْنَثُ (وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ.

وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ اليَمِينَ تُعْقَدُ للبِرِّ وَهُوَ لا يَحْصُلُ مَعَ اعْتِبَارِ العُمُومِ) لامْتِنَاعِ أَنْ لا يَتَنَفَّسَ وَأَنْ لا يَفْتَحَ العَيْنَيْنِ فَيَعْلَمَ بِدَلالة الحَال عَدَمَ إرَادَة العُمُومِ فَيُصَارُ إلى أَخَصِّ الخُصُوصِ وَهُوَ الطَّعَامُ وَالشَّرَابُ للعُرْف فَإِنَّ العَادَةَ جَارِيَةٌ بِاسْتِعْمَاله فِي المُتَنَاوَلات (وَ) إذَا لَمْ يَكُنْ العُمُومُ مُرَادًا (لا يَتَنَاوَلُ المَرْأَةَ إلا بِالنِّيَّة وَإِذَا نَوَاهَا كَانَ إيلاءً) لمَا بَيَّنَّا أَنَّ هَذَا الكَلامَ يَمِينٌ فَيَكُونُ مَعْنَاهُ: وَالله لا أَقْرَبُك، وَهُوَ مِنْ صُوَرِ الإِيلاءِ (وَهَذَا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَة وَمَشَايِخُ بَلخِي) كَأَبِي بَكْرٍ الإِسْكَاف وَأَبِي بَكْرِ بْنِ أَبِي سَعِيد وَالفَقِيه أَبِي جَعْفَرٍ وَبَعْضِ مَشَايِخِ سَمَرْقَنْدَ (قَالُوا يَقَعُ بِه الطَّلاقُ مِنْ غَيْرِ نِيَّة لغَلبَة الاسْتِعْمَال وَعَلَيْه الفَتْوَى) وَقَوْلُهُ (وَكَذَا يَنْبَغِي) ظَاهِرٌ وَلَمْ يَذْكُرْ مَا لوْ قَال **هرجه بدست جُبْ كيرم برِوَيْ** وَخِيَارْ فَقَدْ قِيل لا يَقَعُ به الطَّلاقُ وَإِنْ نَوَى. وَلوْ قَال **هرجه بدست كيرم** كَانَ طَلاقًا قِيل يَقَعُ بِهِ الطَّلاقُ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ. وَقِيل لا يَقَعُ إلا بِالنِّيَّة.

(وَمَن نَذَرَ نَذرًا مُطلقًا فَعَليهِ الوَفَاءُ) لقَولهِ ﷺ «مَن نَذَرَ وَسَمَّى فَعَليهِ الوَفَاءُ بِمَا سَمَّى»[١].

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا) مِثْل أَنْ يَقُول لله عَلَيَّ صَوْمُ سَنَة وَلَمْ يُعَلِّقْهُ بِشَيْءٍ فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ بِه لِقَوْله ﷺ «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ بِمَا سَمَّى»).

(وَإِن عَلقَ النَّذر بِشَرطٍ فَوُجِدَ الشَّرطُ فَعَليهِ الوَفَاءُ بِنَفسِ النَّذرِ) لإِطلاقِ الحَديثِ، وَلأنَّ المُعلقَ بِالشَّرطِ كَالمُنجَّزِ عِندَهُ (وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ رَجعَ عَنهُ وَقَال: إذَا قَال إن فَعَلت كَذَا فَعَليَّ حَجَّةٌ أَو صَومُ سَنَةٍ أَو صَدَقَةٌ مَا أَملكُهُ أَجزَأَهُ مِن ذَلكَ كَفَّارَةُ يَمِينٍ. وَهُوَ قَولُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ) وَيَخرُجُ عَن العُهدَةِ بِالوَفَاءِ بِمَا سَمَّى أَيضًا. وَهَذَا إِذَا كَانَ شَرطًا لا يُرِيدُ كَونَهُ لأنَّ فِيهِ مَعنَى اليَمِينِ وَهُوَ المَنعُ وَهُوَ بِظَاهِرِهِ نَذرٌ فَيَتَخيَّرُ وَيَمِيلُ إلى أيِّ الجِهَتَينِ شَاءَ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ شَرطًا يُرِيدُ كَونَهُ كَقَولهِ إن شَفَى اللهُ مَرِيضِي لانعِدَامِ مَعنَى اليَمِينِ فِيهِ وَهَذَا التَّفصِيلُ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

(وَإِنْ عَلقَ النَّذرَ بِشَرْط) سَوَاءٌ كَانَ شَرْطًا أَرَادَ كَوْنَهُ أَوْ لَمْ يُرِدْ (فَوُجِدَ الشَّرْطُ فَعَلَيْه الوَفَاءُ بِنَفْسِ النَّذْرِ) وَلا تَنْفَعُهُ كَفَّارَةُ اليَمِين (لإِطْلاق الحَدِيث) فَإِنَّهُ لَمْ يَفْصِل بَيْنَ كَوْنِ النَّذْرِ مُطْلَقًا أَوْ مُعَلقًا بِشَرْط (وَلأَنَّ المُعَلقَ بِالشَّرْط كَالمُنَجَّزِ عِنْدَهُ) وَلَوْ **نَجَّزَ النَّذْرَ عِنْدَ وُجُود الشَّرْط** لَمْ تُجْزِه الكَفَّارَةُ فَكَذَا هَاهُنَا (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ) أَيْ عَنْ تَعْيِين الوَفَاءِ بِنَفْسِ النَّذْرِ إِلى القَوْل بِالتَّخْيِيرِ بَيْنَ كَفَّارَةِ اليَمِينِ وَبَيْنَ الوَفَاءِ بِذَلِكَ (وَقَال إِذَا قَال إِنْ فَعَلت كَذَا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ أَوْ صَوْمُ شَهْرٍ أَوْ صَدَقَةُ مَا أَمْلكُهُ أَجْزَأَهُ مِنْ ذَلكَ كَفَّارَةُ يَمِين وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّد، وَيَخْرُجُ عَنْ العُهْدَة بِالوَفَاءِ بِمَا سَمَّى أَيْضًا) حَتَّى لوْ كَانَ مُعْسِرًا كَانَ مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يَصُومَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ وَأَنْ يَصُومَ شَهْرًا. وَهَذَا مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي النَّوَادِرِ.

وَوَجْهُهُ مَا رُوِيَ فِي السُّنَنِ مُسْنَدًا إِلى عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ أَنَّ رَسُول اللهِ ﷺ قَال «**كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ اليَمِينِ**» قَالُوا (هَذَا إِذَا كَانَ شَرْطًا لا يُرِيدُ كَوْنَهُ) لأَنَّ بَيْنَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٥٤): غريب.

الحَدِيثَيْنِ كَمَا تَرَى تَعَارُضًا. فَحَمَلنَا الحَديثَ الأوَّل عَلى النَّذْرِ المُرْسَل وَعَلى مُقَيَّد أَرَادَ الحَالفُ كَوْنَهُ. وَالثَّانِي عَلى مُقَيَّد لا يُرِيدُ كَوْنَهُ جَمْعًا بَيْنَ الآثَارِ، وَالمَعْنَى الفقْهِيُّ فِي ذَلكَ أَنَّ فِي الشَّرْط الذي لا يُرِيدُ كَوْنَهُ كَلامَهُ يَشْتَمِلُ عَلى مَعْنَى النَّذْرِ وَاليَمِينِ جَمِيعًا، أَمَّا مَعْنَى النَّذْرِ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا مَعْنَى اليَمِينِ فَلأَنَّهُ قَصَدَ به المَنْعَ عَنْ إيجَاد الشَّرْط (فَيَتَخَيَّرُ وَيَميلُ إلى أَيِّ الجهَتَيْنِ شَاءَ) وَالتَّخْيِيرُ بَيْنَ القَليل وَالكَثِيرِ فِي الجِنْسِ الوَاحد باعْتبَارِ مَعْنَيَيْنِ مُخْتَلفَيْنِ جَائزٌ **كَالعَبْد إذَا أذنَ لهُ مَوْلاهُ بالجُمُعَة** فَإنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَدَاءِ الجُمُعَة رَكْعَتَيْنِ وَبَيْنَ أَدَاءِ الظُّهْرِ أَرْبَعًا. وَالنَّذْرُ وَاليَمِينُ مَعْنَيَان مُخْتَلفَان لأَنَّ النَّذْرَ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ وَاجبٌ لعَيْنِه، وَاليَمِينُ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ وَاجبٌ لغَيْرِه وَهُوَ صِيَانَةُ حُرْمَة اسْمِ الله تَعَالى (بخلاف مَا إذَا كَانَ شَرْطًا يُرِيدُ كَوْنَهُ كَقَوْله إنْ شَفَى اللهُ مَرِيضِي لانْعدَامِ مَعْنَى اليَمِين فيه) وَهُوَ المَنْعُ لأَنَّ قَصْدَهُ إظْهَارُ الرَّغْبَة فِيمَا جَعَلهُ شَرْطًا. قَال المُصَنِّفُ (وَهَذَا التَّفْصيلُ) أَيْ الذي ذَكَرْنَا بَيْنَ شَرْطٍ لا يُرِيدُ كَوْنَهُ وَبَيْنَ شَرْطٍ يُرِيدُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) وَفيه نَظَرٌ، لأَنَّهُ إنْ أَرَادَ حَصْرَ الصِّحَّة فيه منْ حَيْثُ الرِّوَايَةُ فَليْسَ بصَحِيحٍ لأَنَّهُ غَيْرُ ظَاهرِ الرِّوَايَة، وَإنْ أَرَادَ حَصْرَهَا فِيه منْ حَيْثُ الدِّرَايَةُ لدَفْعِ التَّعَارُضِ فَالدَّفْعُ مُمْكنٌ منْ حَيْثُ حَمْلُ أَحَدهمَا عَلى المُرْسَل وَالآخَرِ عَلى المُعَلق منْ غَيْرِ تَفْرِقَة بَيْنَ مَا يُرِيدُ كَوْنَهُ وَمَا لا يُرِيدُهُ، عَلى أَنَّ فِيه إيمَاءً إلى القُصُورِ فِي الذَّهَاب إلى ظَاهرِ الرِّوَايَة.

قَالَ: (وَمَن حلفَ على يَمِينٍ وَقَال إن شَاءَ اللهُ مُتَّصِلا بِيَمِينِهِ فَلا حِنثَ عَلَيهِ) لقَولِهِ ﷺ «مَن حلفَ على يَمِينٍ وَقَال إن شَاءَ اللهُ فَقَد بَرَّ فِي يَمِينِهِ»[1] **إلا أَنَّهُ لا بُدَّ مِن الاتِّصَال لأَنَّهُ بَعدَ الفرَاغِ رُجُوعٌ وَلا رُجُوعَ فِي اليَمِينِ، وَاللهُ تَعَالى أعلمُ بِالصَّوَابِ.**

الشرح:

وَمَنْ حَلفَ عَلى يَمِينٍ) **أَيْ عَلى مُقْسَمٍ عَليْه منْ فعْلٍ أَوْ تَرْك وَقَال إنْ شَاءَ اللهُ** مُتَّصلا بيَمِينه فَلا حنْثَ عَليْه لقَوْله ﷺ **«مَنْ حَلفَ عَلى يَمِينٍ وَقَال إنْ شَاءَ اللهُ فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينه»** رَوَاهُ ابْنُ مَسْعُودٍ وَابْنُ عَبَّاسٍ وَابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ. وَقَوْلُهُ عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ («**فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينه**») مَعْنَاهُ لا يَحْنَثُ أَبَدًا لعَدَمِ انْعقَاد اليَمِين (وَقَوْلُهُ إلا أَنَّهُ لا بُدَّ منَ الاتِّصَال) اسْتثْنَاءٌ منْ قَوْله فَلا حنْثَ عَليْه (لأَنَّهُ بَعْدَ الفرَاغِ رُجُوعٌ وَلا رُجُوعَ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٥٥): غريب بهذا اللفظ.

في اليَمِينِ) فَإِنْ قُلت: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلة النَّصِّ فَإِنَّ الحَديثَ بإطْلاقه لا يَفْصِلُ بَيْنَ المُنْفَصِل وَالمُتَّصِل. قُلت: الدَّلائِلُ الدَّالةُ مِنْ النُّصُوصِ وَغَيْرِهَا عَلى لُزُومِ العُقُودِ هِيَ التي تُوجِبُ الاتِّصَال، فَإِنَّ جَوَازَ الاسْتِثْنَاءِ مُنْفَصِلا يُفْضِي إلى إخْرَاجِ العُقُودِ كُلها مِنْ البُيُوعِ وَالأنْكِحَة وَغَيْرِهمَا مِنْ أَنْ تَكُونَ مُلزِمَةً، وَفِي ذَلكَ مِنْ الفَسَادِ مَا لا يَخْفَى، وَهَذَا التَّعْليلُ يُوَافِقُ تلكَ الأدلةَ، فَيُحْمَلُ حَديثُ الاسْتِثْنَاءِ عَلى الاتِّصَال تَوْفِيقًا بَيْنَ الأدِلةِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ جَوَازُ الاسْتِثْنَاءِ مُنْفَصِلا وَفِيه مَا ذَكَرْنَاهُ، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

بَابُ اليَمِينِ فِي الدُّخُول وَالسُّكنَى

(وَمَن حَلفَ لا يَدخُلُ بَيتًا فَدَخَل الكَعبَةَ أَو المَسجِدَ أَو البِيعَةَ أَو الكَنِيسَةَ لم يَحنَث) لأنَّ البَيتَ مَا أُعِدَّ للبَيتُوتَةِ وَهَذِهِ البِقَاعُ مَا بُنِيَت لهَا (وَكَذَا إذَا دَخَل دِهليزًا أَو ظُلَّةَ بَابِ الدَّارِ) لمَا ذَكَرنَا، وَالظُّلَّةُ مَا تَكُونُ عَلى السِّكَّةِ، وَقِيل إذَا كَانَ الدِّهليزُ بِحَيثُ لو أُغلقَ البَابُ يَبقَى دَاخِلا وَهُوَ مُسقَفٌ يَحنَث لأنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ عَادَةً (وَإِن دَخَل صُفَّةً حَنِث) لأنَّهَا تُبنَى للبَيتُوتَةِ فِيهَا فِي بَعضِ الأوقَاتِ فَصَارَ كَالشَّتوِيِّ وَالصَّيفِيِّ. وَقِيل هَذَا إذَا كَانَت الصُّفَّةُ ذَاتَ حَوَائِطَ أَربَعَةٍ، وَهَكَذَا كَانَت صِفَافُهُم. وَقِيل الجَوَابُ مُجرًى عَلى إطلاقِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

(بَابُ اليَمينِ فِي الدُّخُول وَالسُّكْنَى): لَمَّا كَانَ انْعقَادُ اليَمينِ عَلى فِعْل شَيْءٍ أَوْ تَرْكِه لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ ذِكْرِ أَنْوَاعِ الأَفْعَال الوَارِدَة فِي اليَمين فَذَكَرَهَا فِي أَبْوَابٍ وَقَدَّمَ الدُّخُول وَالسُّكْنَى عَلى غَيْرِهمَا مِنْ الأكْل وَالشُّرْب وَنَحْوِهمَا لأنَّ أَوَّل مَا يَحْتَاجُ إليْه الإنْسَانُ الذي يَتَحَقَّقُ منْهُ اليَمينُ بَعْدَ وُجُوده مَسْكَنٌ يَدْخُلُ فيه وَيَسْكُنُهُ ثُمَّ يَتَوَارَدُ عَلَيْه سَائرُ الأَفْعَال مِنْ الأَكْل وَالشُّرْب وَغَيْره، وَإِلَيْه وَقَعَتْ الإشَارَةُ فِي قَوْله تَعَالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعْبُدُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُمْ وَٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ۝ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ فِرَٰشًا وَٱلسَّمَآءَ بِنَآءً ﴾ [البقرة: ٢١-٢٢]، وَالدُّخُولُ عِبَارَةٌ عَنْ الانْتقَال مِنْ الظَّاهر إلى البَاطنِ، وَالسُّكْنَى عبَارَةٌ عَنْ الكَوْن فِي مَكَان عَلى سَبيل الاسْتقْرَار مبيتًا لأَهْله (قَوْلُهُ وَمَنْ حَلفَ لا يَدْخُلُ بَيْتًا) ظَاهرٌ وَالبيعَةُ مُتَعَبَّدُ النَّصَارَى وَالكَنيسَةُ لليَهُود (قَوْلُهُ لأَنَّ البَيْتَ مَا أُعدَّ للبَيْتُوتَة وَهَذه البقَاعُ مَا أُعدَّتْ لَهَا) اُعْتُرِضَ عَلَيْه بِأَنَّ اللهَ سَمَّى

الكَعْبَةَ بَيْتًا، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ ﴾ [آل عمران: ٩٦]، وَسَمَّى المَسَاجِدَ بُيُوتًا بِقَوْله تَعَالى ﴿ فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ ﴾ [النور: ٣٦].

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الأَيْمَانَ مَبْنَاهَا عَلى العُرْفِ لا عَلى أَلفَاظِ القُرْآن: أَلا تَرَى أَنَّ اللهَ تَعَالى سَمَّى بَيْتَ العَنْكَبُوتِ بَيْتًا وَمُطْلَقُ اسْمِ البَيْتِ فِي اليَمِينِ لا يَتَنَاوَلُهُ. وَاسْتُشْكِل بِمَا قَالهُ فِي الفَوَائِد الظَّهِيرِيَّة إِذَا **حَلفَ لا يَهْدِمُ بَيْتًا فَهَدَمَ بَيْتَ العَنْكَبُوتِ** حَنِثَ، وَسَيَجِيءُ الجَوَابُ إِنْ شَاءَ اللهُ (وَكَذَا إِذَا دَخَل دِهْلِيزَ أَوْ ظُلَّة بَابِ الدَّارِ).

قَال فِي المُغْرِب: ظُلَّةُ البَابِ هِيَ السُّدَّةُ التِي فَوْقَ البَابِ. وَقَوْلُ المُصَنِّف (وَالظُّلَّةُ تَكُونُ عَلى السِّكَّة) أَرَادَ بِهَا السَّابَاطَ الذِي يَكُونُ عَلى بَابِ الدَّارِ وَلا يَكُونُ فَوْقَهُ بِنَاءٌ، وَإِنَّمَا لمْ يَحْنَثْ لأَنَّهُ لا يَنْطَلِقُ عَليْه اسْمُ البَيْتِ وَلعَدَمِ البَيْتُوتَة فيه، وَكَذَلكَ إِذَا كَانَ فَوْقَهُ بِنَاءٌ، إلا أَنَّ مِفْتَحَهُ إِلى الطَّرِيقِ لا يَحْنَثُ إِذَا كَانَ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلى بَيْت شَخْصٍ بِعَيْنه لأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جُمْلَة بَيْتِه (قَوْلُهُ وَقِيل إِذَا كَانَ الدِّهْلِيزُ) ظَاهِرٌ قَوْلُهُ وَإِنْ دَخَل صُفَّةً حَنِثَ لأَنَّهَا تُبْنَى للبَيْتُوتَة فِيهَا فِي بَعْضِ الأَوْقَات فَصَارَ كَالشَّتْوِيِّ وَالصَّيْفِيِّ) الذِي يُبْنَى للبَيْتُوتَة فِيه شِتَاءً أَوْ صَيْفًا، وَقِيل هَذَا إِذَا كَانَتْ الصُّفَّةُ ذَاتَ حَوَائِطَ أَرْبَعَةٍ (وَهَكَذَا كَانَتْ صِفَافُهُمْ) أَيْ صِفَافُ أَهْلِ الكُوفَة.

ذُكِرَ عَنْ أَبِي حَازِمٍ القَاضِي أَنَّ هَذِه أَشْكَلتْ عَليَّ حَتَّى دَخَلت الكُوفَةَ، فَرَأَيْت صِفَافَهُمْ مُبَوَّبَةً فَعَلمْت أَنَّ الأَيْمَانَ وَضْعُهَا عَلى تَعَارُفِهِمْ (وَقِيل الجَوَابُ مُجْرًى عَلى إِطْلاقِه) يَعْنِي سَوَاءً كَانَتْ ذَاتَ حَوَائِطَ أَرْبَعَة أَوْ ثَلاثَة (وَهُوَ الصَّحِيحُ) دُونَ الحَمْل عَلى عُرْفِهِمْ لأَنَّ البَيْتَ اسْمٌ لمَبْنًى مُسْقَف مَدْخَلُهُ مِنْ جَانِبٍ وَاحِد بُنِيَ للبَيْتُوتَة، وَهَذَا المَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الصُّفَّة، إلا أَنَّ مَدْخَلهَا أَوْسَعُ فَيَتَنَاوَلُهَا اسْمُ البَيْت فَيَحْنَثُ.

(وَمَن حَلفَ لا يَدخُلُ دارًا فَدَخَل دارًا خَرِبَةً لم يَحنَث، وَلو حَلفَ لا يَدخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَدَخَلهَا بَعدَمَا انهَدَمَت وَصَارَت صَحراءَ حَنِثَ) لأَنَّ الدَّارَ اسمٌ للعَرصَةِ عِندَ العَرَبِ وَالعَجَمِ، يُقَالُ دَارٌ عَامِرَةٌ، وَدَارٌ غَامِرَةٌ وَقَد شَهِدَت أَشعَارُ العَرَبِ بِذَلكَ وَالبِنَاءُ وَصفٌ فِيهَا غَيرَ أَنَّ الوَصفَ فِي الحَاضِرِ لغوٌ وَفِي الغَائِبِ مُعتَبَرٌ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلفَ لا يَدْخُلُ دَارًا فَدَخَل دَارًا خَرِبَةً لمْ يَحْنَثْ، وَلوْ حَلفَ لا يَدْخُلُ هَذِه

الدَّارَ فَدَخَلَهَا بَعْدَمَا انْهَدَمَتْ وَصَارَتْ صَحْرَاءَ حَنِثَ) لأَنَّ الدَّارَ اسْمٌ لِلعَرْصَةِ عِنْدَ العَرَبِ وَالعَجَمِ، يُقَالُ دَارٌ عَامِرَةٌ وَدَارٌ غَامِرَةٌ، وَقَدْ شَهِدَتْ أَشْعَارُ العَرَبِ بِذَلِكَ فَمِنْهَا مَا قَالَ لبيدٌ: عَفَتْ الدِّيَارُ مَحَلُّهَا فَمُقَامُهَا بِمِنًى تَأَبَّدَ غُولُهَا فَرِجَامُهَا عَفَا يَعْفُو مُتَعَدٍّ وَلازِمٌ وَهُنَا لازِمٌ، وَتَأَبَّدَ المَنْزِلُ: أَيْ أَقْفَرَ فَأَلِفَتْهُ الوُحُوشُ، وَالغُولُ وَالرِّجَامُ مَوْضِعَانِ. يَقُولُ: عَفَتْ دِيَارُ الأَحْبَابِ مَا كَانَ مِنْهَا لِلحُلُولِ وَمَا كَانَ مِنْهَا لِلإِقَامَةِ، وَهَذِهِ الدِّيَارُ كَانَتْ بِمِنًى وَقَدْ تَوَحَّشَتْ الدِّيَارُ الغُولِيَّةُ وَالرِّجَامِيَّةُ.

وَقَالَ قَائِلُهُمْ: الدَّارُ دَارٌ وَإِنْ زَالَتْ حَوَائِطُهَا وَالبَيْتُ لَيْسَ بِبَيْتٍ بَعْدَ تَهْدِيمِ وَهَذَا ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالبِنَاءُ وَصْفٌ فِيهَا غَيْرَ أَنَّ الوَصْفَ فِي الحَاضِرِ لَغْوٌ وَفِي الغَائِبِ مُعْتَبَرٌ) لِمَا ذُكِرَ فِي الأُصُولِ أَنَّ المَحْلُوفَ عَلَيْهِ لا بُدَّ وَأَنْ تَكُونَ مَعْلُومًا. فَإِذَا كَانَ مُشَارًا إِلَيْهَا كَانَ المَحْلُوفُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا فَلا حَاجَةَ إِلَى مُعَرِّفٍ بِخِلافِ المُنَكَّرِ فَإِنَّهُ لا مُعَرِّفَ لَهُ سِوَى الوَصْفِ فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا. وَاعْتُرِضَ بِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ الصِّفَةَ لَوْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي المُنَكَّرِ لَمَا وَقَعَ المُشْتَرَاةُ لِلمُوَكِّلِ إِذَا **وَكَّلَ رَجُلا بِشِرَاءِ دَارٍ فَاشْتَرَى دَارًا خَرِبَةً** لأَنَّهَا غَيْرُ مَوْصُوفَةٍ وَهَذَا نَقْضٌ إِجْمَالِيٌّ. وَالثَّانِي أَنَّ البِنَاءَ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ دَاخِلا فِي المُسَمَّى أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَإِنْ كَانَ دَاخِلا وَجَبَ أَنْ لا يَخْتَلِفَ الحَالُ بِالغَيْبَةِ وَالحُضُورِ فِي الدُّخُولِ كَالعَرْصَةِ. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَاخِلا وَجَبَ أَنْ لا يَخْتَلِفَ الحَالُ أَيْضًا فِي عَدَمِ الدُّخُولِ كَمَا إِذَا **حَلَفَ لا يُكَلِّمُ رَجُلا** لا يَتَقَيَّدُ يَمِينُهُ بِرَجُلٍ قَاعِدٍ عَالِمٍ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ الصِّفَاتِ الخَارِجِيَّةِ عَنْهُ وَهَذِهِ مُعَارَضَةٌ.

وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ الدَّارَ فِي الوَكَالَةِ تُعُرِّفَتْ بِوَجْهٍ لأَنَّ التَّوْكِيلَ بِشِرَائِهَا إِنَّمَا يَصِحُّ عِنْدَ بَيَانِ الثَّمَنِ وَالمَحَلَةِ وَلَيْسَتْ فِي اليَمِينِ كَذَلِكَ فَلا يَلْزَمُ مِنْ صِحَّةِ انْعِقَادِ الوَكَالَةِ صِحَّةُ انْعِقَادِ اليَمِينِ بِلا صِفَةٍ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ البِنَاءَ صِفَةٌ مُتَعَيِّنَةٌ لِلدَّارِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مُرَادًا بِحُكْمِ العُرْفِ لِتَعَيُّنِهِ وَفِي الرِّجَالِ التَّزَاحُمُ فِي الصِّفَاتِ ثَابِتٌ مِنْ العِلْمِ وَالعَقْلِ وَالقُدْرَةِ وَالصِّنَاعَةِ وَالحُسْنِ وَالجَمَالِ، وَهَذِهِ الصِّفَاتُ بِأَسْرِهَا تَمْتَنِعُ إِرَادَتُهَا عَادَةً، وَلَيْسَ البَعْضُ أَوْلَى مِنْ البَعْضِ فِي الإِرَادَةِ فَتَمْتَنِعُ الإِرَادَةُ أَصْلا، كَذَا فِي النِّهَايَةِ مُحَالا عَلَى الفَوَائِدِ الظَّهِيرِيَّةِ. وَرُدَّ بِأَنَّ البِنَاءَ ضِدُّهُ الخَرَابُ فَكَانَ الدَّارُ مَحَلَ تَوَارُدِهِمَا فَكَيْفَ صَارَ البِنَاءُ صِفَةً مُتَعَيِّنَةً فَهُوَ فِي حَيِّزِ النِّزَاعِ. وَأَقُولُ فِي جَوَابِ المُعَارَضَةِ المَذْكُورِ

مِنْ التَّقْسِيمِ غَيْرُ حَاضِرٍ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ دَاخِلا فِي الْمُنَكَّرِ لاحْتِيَاجِهِ إلى التَّعْرِيفِ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي الْمُعَرَّفِ لاسْتِغْنَائِه عَنْهُ.

(وَلو حَلفَ لا يَدخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرِبَت ثُمَّ بُنِيَت أُخرَى فَدَخَلهَا يَحنَثُ) لمَا ذَكَرنَا أَنَّ الاسمَ بَاقٍ بَعدَ الانهِدَامِ، (وَإِن جُعِلت مَسجِدًا أَو حَمَّامًا أَو بُستَانًا أَو بَيتًا فَدَخَلهُ لم يَحنَث) لأَنَّهُ لم يَبقَ دَارًا لاعتِرَاضِ اسمٍ آخَرَ عَليهِ، وَكَذَا إذَا دَخَلهُ بَعدَ انهِدَامِ الحَمَّامِ وَأَشبَاهِهِ لأَنَّهُ لا يَعُودُ اسمَ الدَّارِيَّةِ.

الشرح:

وَلَوْ حَلفَ لا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرِبَتْ ثُمَّ بُنِيَتْ أُخْرَى فَدَخَلهَا حَنِثَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الاسْمَ بَاقٍ بَعْدَ الانْهِدَامِ، وَإِنْ جُعِلتْ مَسْجِدًا أَوْ حَمَّامًا أَوْ بُسْتَانًا أَوْ بَيْتًا فَدَخَلهُ لَمْ يَحْنَثْ) لاعْتِرَاضِ اسْمٍ آخَرَ عَليْهِ وَمِنْ ضَرُورَةِ حُدُوثِ هَذَا الاسْمِ زَوَالُ ذَلكَ الاسْمِ، وَاليَمِينُ قَدْ انْعَقَدَتْ بِمَا يُسَمَّى دَارًا وَلَمْ يَبْقَ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا دَخَل بَعْدَ انْهِدَامِ الحَمَّامِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِن حَلفَ لا يَدخُلُ هَذَا البَيتَ فَدَخَلهُ بَعدَمَا انهَدَمَ وَصَارَ صَحرَاءَ لم يَحنَث) لزَوَالِ اسمِ البَيتِ لأَنَّهُ لا يُبَاتُ فِيهِ، حَتَّى لو بَقِيَت الحِيطَانُ وَسَقَطَ السَّقفُ يَحنَثُ لأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ وَالسَّقفُ وَصفٌ فِيهِ (وَكَذَا إذَا بَنَى بَيتًا آخَرَ فَدَخَلهُ لم يَحنَث) لأَنَّ الاسمَ لم يَبقَ بَعدَ الانهِدَامِ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ حَلفَ لا يَدْخُلُ هَذَا البَيْتَ فَدَخَلهُ بَعْدَمَا انْهَدَمَ وَصَارَ صَحْرَاءَ لَمْ يَحْنَثْ لزَوَال اسْمِ البَيْتِ فَإِنَّهُ لا يُبَاتُ فِيه، حَتَّى لوْ بَقِيَتْ الحِيطَانُ وَسَقَطَ السَّقْفُ حَنِثَ لبَقَاءِ الاسْمِ) قَال اللهُ تَعَالى ﴿ فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةً ﴾ [النمل: ٥٢] فِي بُيُوتٍ مُنْهَدِمَةِ السُّقُوفِ (وَلأَنَّهُ يُبَاتُ فِيه فَكَانَ السَّقْفُ وَصْفًا فِيه وَكَذَا إذَا بَنَى بَيْتًا آخَرَ فَدَخَلهُ لأَنَّ الاسْمَ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ الانْهِدَامِ) وَأَنَّهُ صَارَ بَيْتًا بِسَبَبٍ حَادِث، وَاخْتِلافُ السَّبَبِ يُوجِبُ اخْتِلافَ العَيْنِ فَلا يَكُونُ دَاخِلا فِي البَيْتِ المَحْلُوفِ عَليْهِ فَلا يَحْنَثْ، كَذَا فِي الشُّرُوحِ.

قَال: (وَمَن حَلفَ لا يَدخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَوَقَفَ عَلى سَطحِهَا حَنِثَ) لأَنَّ السَّطحَ مِن

الدَّارِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الْمُعتَكِفَ لا يَفسُدُ اعتِكَافُهُ بِالخُرُوجِ إلى سَطحِ المَسجِدِ. وَقِيل فِي عُرفِنَا لا يَحنَثُ وَهُوَ اختِيَارُ الفَقِيهِ أَبِي الليثِ. قَال (وَكَذَا إِذَا دَخَل دِهلِيزَهَا) وَيَجِبُ أَن تَكُونَ عَلى التَّفصِيلِ الذِي تَقَدَّمَ (وَإِن وَقَفَ فِي طَاقِ البَابِ بِحَيثُ إِذَا أُغلِقَ البَابُ كَانَ خَارِجًا لم يَحنَث) لأَنَّ البَابَ لِإِحرَازِ الدَّارِ وَمَا فِيهَا فَلم يَكُن الخَارِجُ مِن الدَّارِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلفَ لا يَدْخُلُ هَذه الدَّارَ فَوَقَفَ عَلى سَطْحِهَا) **بالصُّعُود إليْه منْ خَارج** (حَنثَ لأنَّ السَّطْحَ منْ الدَّار) لأنَّ الدَّارَ عبارَةٌ عَمَّا أَحَاطَ به الدَّائرَةُ وَهُوَ حَاصلٌ في عُلُوِّهَا وَسُفْلهَا (أَلا تَرَى أَنَّ الْمُعْتَكفَ لا يَفْسُدُ اعْتكَافُهُ بالخُرُوج إلى سَطْح المَسْجد) وَلا يَجُوزُ للجُنُب وَالحَائض الوُقُوفُ عَليْه، وَلا يُظَنُّ أَنَّ السَّقْفَ منْ البنَاء فَيُتَوَهَّمُ التَّنَاقُضُ بَيْنَ كَلامَيْه لأَنَّهُ قَال منْ قَبْلُ وَالبنَاءُ وَصْفٌ فيهَا، وَقيل إذَا وَقَفَ عَلى السَّطْح لا يَحْنَثُ في عُرْفنَا. قَال الفَقيهُ أَبُو الليْث في النَّوَازل: إنْ كَانَ الحَالفُ منْ بلاد العَجَم لا يَحْنَثُ مَا لمْ يَدْخُل الدَّارَ لأَنَّ النَّاسَ لا يَعْرفُونَ ذَلكَ دُخُولا في الدَّار (وَكَذَا إذَا دَخَل دهْليزَهَا يَحْنَثُ) ذَكَرَهُ القُدُوريُّ مُطْلقًا. قَال المُصَنِّفُ (وَيَجبُ أَنْ يَكُونَ عَلى التَّفْصيل الذي تَقَدَّمَ) يَعْني به قَوْلهُ وَإذَا أُغْلقَ البَابَ يَبْقَى دَاخلا وَهُوَ مُسْقَفٌ. قَوْلُهُ (وَإنْ وَقَفَ في طَاق البَاب) ظَاهرٌ.

قَال: (وَمَن حَلفَ لا يَدخُلُ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ فِيهَا لم يَحنَث بِالقُعُودِ حَتَّى يَخرُجَ ثُمَّ يَدخُل) استِحسَانًا. وَالقِيَاسُ أَن يَحنَثَ لأَنَّ الدَّوَامَ لهُ حُكمُ الابتِدَاءِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ الدُّخُول لا دَوَامَ لهُ لأَنَّهُ انفِصَالٌ مِن الخَارِجِ إلى الدَّاخِلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَجْهُ الاسْتحْسَان) تَقْريرُهُ القَوْل بالمُوجب: يَعْني سَلمْنَا أَنَّ للدَّوَام **حُكْمَ** الابْتدَاء لكنْ فيمَا لهُ دَوَامٌ، وَالدُّخُولُ لا دَوَامَ لهُ لأَنَّهُ انْفصَالٌ منْ الخَارج إلى الدَّاخل وَليْسَ لهُ دَوَامٌ، وَإطْلاقُ الانْتقَال بَدَل الانْفصَال أَوْلى لكَوْنه حَرَكَةَ أَبْنيَة تُسَمَّى نُقْلةً.

(وَلو حَلفَ لا يَلبَسُ هَذَا الثَّوبَ وَهُوَ لابِسُهُ فَنَزَعَهُ فِي الحَال لم يَحنَث) وَكَذَا إِذَا حَلفَ لا يَركَبُ هَذِهِ الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا فَنَزَل مِن سَاعَتِهِ لم يَحنَث، وَكَذَا لو حَلفَ لا يَسكُنُ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ سَاكِنُهَا فَأَخَذَ فِي النُّقلةِ مِن سَاعَتِهِ. وَقَال زُفَرُ: يَحنَثُ لوُجُودِ

الشَّرطِ وإن قل. وَلنَا أنَّ اليَمِينَ تُعقدُ للبِرِّ فيُستَثنَى منهُ زَمَانُ تَحقِيقِهِ (فإن لبِثَ عَلى حَالهِ سَاعةً حنِثَ) لأنَّ هَذِهِ الأفَاعِيل لهَا دَوَامٌ بِحُدُوثِ أمثالهَا؛ ألا يُرَى أنَّهُ يُضرَبُ لهَا مُدَّةٌ يُقَالُ رَكِبت يَومًا وَلبِست يَومًا بِخِلافِ الدُّخُول لأنَّهُ لا يُقَالُ دَخَلت يَومًا بِمَعنَى المُدَّةِ وَالتَّوقِيتِ وَلو نَوَى الابتِدَاءَ الخَالصَ يُصَدَّقُ لأنَّهُ مُحتَمَلُ كَلامِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلَفَ لا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوْبَ) ظَاهِرٌ وَقَوْلُ زُفَرَ قِيَاسٌ وَقَوْلُهُمْ اسْتِحْسَانٌ. وَحَاصِلُ كَلامه أَنَّ الأَفْعَال عَلى ضَرْبَيْنِ ضَرْبٍ يَقْبَلُ الامْتِدَادَ وَضَرْبٍ لا يَقْبَلُهُ وَالفَاصِلُ بَيْنَهُمَا قَبُولُ التَّأْقِيت وَعَدَمه فَمَا قَبِل التَّأْقِيتَ قَبِل الامْتِدَادَ وَمَا لا فَلا. وَالاسْتِدَامَةُ عَلى المُمْتَدِّ بِمَنْزِلة الإِنْشَاءِ قَال اللهُ تَعَالى ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨] أيْ فَلا تَمْكُثْ قَاعِدًا لأَنَّهُ ﷺ كَانَ يَعِظُ النَّاسَ قَاعِدًا، وَعَلى هَذَا قَالُوا: إذَا قَال لهَا كُلمَا رَكِبْت فَأَنْت طَالقٌ فَمَكَثَتْ سَاعَةً يُمْكِنُهَا النُّزُولُ فِيهَا طَلُقَتْ، وَإِنْ مَكَثَتْ مِثْلهَا طَلُقَتْ أُخْرَى لأَنَّ للدَّوَامِ حُكْمَ الابْتِدَاءِ، وَكَلمَةُ كُلمَا تَعُمُّ الأَفْعَال فَيَتَكَرَّرُ الجَزَاءُ بِتَكَرُّرِ الشَّرْط.

وَنُوقِضَ بِمَا لوْ قَال كُلمَا رَكِبْت دَابَّةً فَعَليَّ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِدِرْهَمٍ فَرَكِبَ دَابَّةً فَعَليْهِ دِرْهَمٌ وَإِنْ طَال مُكْثُهُ فِي الرُّكُوبِ، وَلوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا للزِمَهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الاسْتِدَامَةَ فِيمَا يَمْتَدُّ بِمَنْزِلة الإِنْشَاءِ إذَا لمْ يَكُنْ الإِنْشَاءُ الخَالصُ غَيْرَ مُرَاد، وَلهَذَا قُلنَا فِي هَذَا الفَصْل إذَا كَانَ رَاكِبًا وَقْتَ اليَمِين لزِمَهُ فِي كُل وَقْت يُمْكِنُهُ النُّزُولُ وَالرُّكُوبُ دِرْهَمٌ لكَوْن الإِنْشَاءِ الخَالصِ غَيْرَ مُرَاد، وَإِنَّمَا قَال بِمَعْنَى المُدَّة وَالتَّوْقِيت احْتِرَازٌ عَمَّا يُقَالُ فِي مَجَارِي كَلامِهِمْ دَخَلت يَوْمًا وَخَرَجْت يَوْمًا وَلكِنْ لا بِمَعْنَى المُدَّة وَالتَّوْقِيت. وَقَوْلُهُ (وَلوْ نَوَى الابْتِدَاءَ الخَالصَ يَصْدُقُ لأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلام) سَمَّاهُ مُحْتَمَلا وَإِنْ كَانَ قَوْلُهُ لا يَرْكَبُ حَقِيقَةً فِي الابْتِدَاءِ لأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيه إذَا لمْ يَكُنْ رَاكِبًا، وَأَمَّا إذَا كَانَ رَاكِبًا فَالابْتِدَاءُ مِنْ مُحْتَمَلاته.

قَالَ: (وَمَن حَلفَ لا يَسكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرَجَ بِنَفسِهِ وَمَتَاعِهِ وَأَهلهِ فِيهَا وَلم يُرِد الرُّجُوعَ إليهَا حَنِثَ) لأنَّهُ يُعَدُّ سَاكِنَهَا بِبَقَاءِ أَهلهِ وَمَتَاعِهِ فِيهَا عُرفًا، فَإِنَّ السُّوقِيَّ عَامَّةَ

نَهَارِهِ فِي السُّوقِ وَيَقُولُ أَسكُنُ سِكَّةَ كَذَا، وَالبَيتُ وَالمَحلةُ بِمَنزِلَةِ الدَّارِ.

وَلو كَانَ اليَمِينُ عَلى المِصرِ لا يَتَوَقَّفُ البِرُّ على نَقل المَتَاعِ وَالأهل فِيمَا رُوِيَ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّهُ لا يُعَدُّ سَاكِنًا فِي الذِي انتَقَل عَنهُ عُرفًا. بِخِلافِ الأَوَّل وَالقَريَةُ بِمَنزِلَةِ المِصرِ فِي الصَّحِيحِ مِن الجَوَابِ. ثُمَّ قَال أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: لا بُدَّ مِن نَقل كُل المَتَاعِ، حَتَّى لو بَقِيَ وَتَدٌ يَحنَثُ لأَنَّ السُّكنَى قَد ثَبَتَ بِالكُل فَيَبقَى مَا بَقِيَ شَيءٌ مِنهُ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى عَليهِ. يُعتَبَرُ نَقلُ الأَكثَرِ لأَنَّ نَقل الكُل قَد يَتَعَذَّرُ.

وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَةُ اللهِ تَعَالى عَليهِ: يُعتَبَرُ نَقلُ مَا يَقُومُ بِهِ كَدخدَائِيَّتِهِ لأَنَّ مَا وَرَاء ذَلكَ ليسَ مِن السُّكنَى. قَالُوا: هَذَا أَحسَنُ وَأَرفَقُ بِالنَّاسِ وَيَنبَغِي أَن يَنتَقِل إلى مَنزِلٍ آخَرَ بِلا تَأخِيرٍ حَتَّى يَبَرَّ، فَإِن انتَقَل إلى السِّكَّةِ أَو إلى المَسجِدِ قَالُوا لا يَبَرُّ، دَليلُهُ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ مَن خَرَجَ بِعِيَالِهِ مِن مِصرِهِ فَمَا لم يَتَّخِذ وَطَنًا آخَرَ يَبقَى وَطَنُهُ الأَوَّلُ فِي حَقِّ الصَّلاةِ كَذَا هَذَا. وَاَللهُ تَعَالى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلفَ لا يَسْكُنُ هَذه الدَّار) يَعْني وَهُوَ مُتَأَهِّلٌ بدَليل قَوْله فَخرَجَ وَمَتَاعُهُ وَأَهْلُهُ فيهَا. وَفيه إشَارَةٌ إلى أَنَّهُ لوْ لَمْ يَكُنْ مُتَأَهِّلا بَل هُوَ ممَّنْ يَعُولُهُ غَيْرُهُ فَخرَجَ بنَفْسه لَمْ يَحْنَثْ؛ وَالمُتَأَهِّلُ إذا حَلفَ، فَأَمَّا إنْ حَلفَ عَلى الدَّار أَوْ المصْر أَوْ القَرْيَة، فَإنْ كَانَ الأَوَّل فَلا بُدَّ منْ نَقْل أَهْله وَمَتَاعه، وَإنْ كَانَ الثَّانيَ يَكْتَفي بنَقْله إلى مصْرٍ آخَرَ عَلى مَا رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَإنْ كَانَ الثَّالثَ فَقَدْ اخْتَلفَ المَشَايخُ فيه حَملَهَا بَعْضُهُمْ عَلى الدَّار وَبَعْضُهُمْ عَلى المصْر وَهُوَ الصَّحيحُ، وَالحَاكمُ في ذَلكَ العُرْفُ ليْسَ إلا. ثُمَّ اخْتَلفُوا في كَيْفيَّة النَّقْل عَلى مَا ذُكرَ في الكتَاب. وَاعْترضَ عَلى قَوْل أَبي حَنيفَةَ بأَنَّ سُكْنَاهُ كَانَ بجَميعِ مَا كَانَ مَعَهُ منْ الأَهْل وَالمَتَاع، فَإذَا أَخْرَجَ بَعْضَهُ انْتَفَى سُكْنَاهُ لأَنَّ الكُل يَنْتَفي بانْتفَاء البَعْض. وَأُجيبَ بأَنَّ الكُل يَنْتَفي بانْتفَاء جُزْءٍ حَقيقيٍّ لا اعْتبَاريٍّ، وَمَا ذَكَرْتُمْ ليْسَ كَذَلكَ. وَيَنْبَغي أَنْ يَنْتَقل إلى مَنْزلٍ آخَرَ بلا تَأْخيرٍ حَتَّى يَبرَّ) وَقَال في الشَّافي: إنْ لَمْ يُمْكنْهُ النَّقْلُ منْ سَاعَته بعُذْر الليْل أَوْ بمَنْعِ ذي سُلطَان أَوْ عَدَمِ مَوْضعٍ آخَرَ يَنْتَقلُ إليْه لَمْ يَحْنَثْ لأَنَّ حَالةَ الضَّرُورَة مُسْتَثْنَاةٌ خلافًا لزُفَرَ، وَكَذَلكَ لوْ سَدَّ عَليْه البَابَ فَلمْ يَقْدرْ عَلى النُّقْلة أَوْ كَانَ شَريفًا أَوْ ضَعيفًا لا يَقْدرُ عَلى نَقْل المَتَاع بنَفْسه وَلَمْ

يَجدْ أحَدًا يَنْقُلُهَا لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَجدَ مَنْ يَنْقُلُهَا وَيَلحَقُ المَوْجُودُ بالمَعْدُومِ للعَذَارِ. وَنُوقضَ بِمَا ذَكرَهُ الشَّيْخُ الإمَامُ أَبو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الفَضْل أَنَّ مَنْ **قَالَ إنْ لَمْ أَخْرُجْ مِنْ هَذَا المَنْزِلِ اليَوْمَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ** فَقَيَّدَ وَمَنَعَ مِنْ الخُرُوجِ يَحْنَثُ، وَكَذَا لوْ **قَالَ لامْرَأَته وَهِيَ فِي مَنْزِلِ وَالدِهَا إنْ لَمْ تَحْضُرِي اللَيْلَة مَنْزِلِي فَأَنْتِ طَالِقٌ فَمَنَعَهَا الوَالدُ عَنْ الحُضُورِ** حَنِثَ.

وَأُجيبَ بأَنَّ فِي مَسْأَلةِ الكِتَابِ شَرْطَ الحِنْثِ السُّكْنَى، وَأَنَّهُ فِعْلٌ وُجُودِيٌّ لا يَحْصُلُ بِدُونِ الاخْتِيَارِ.

وَلا يَحْصُلُ الاخْتِيَارُ مَعَ وُجُودِ المَوَانِعِ المَذْكُورَة. وَأَمَّا فِي صُورَةِ النَّقْضِ فَشَرْطُ الحِنْثِ عَدَمُ الخُرُوجِ وَالعَدَمُ لا يَحْتَاجُ إلى اخْتِيَارٍ (فَإِنْ انْتَقل إلى السِّكَّة أَوْ المَسْجد قَالُوا: لا يَبَرُّ) وَقِيل يَبرُّ لأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ سَاكِنًا، وَدَلِيلُ الأَوَّل مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ مَنْ خَرَجَ بِعيَاله مِنْ مصْرِهِ فَمَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطَنًا آخَرَ يَبْقَى وَطَنُهُ الأَوَّلُ فِي حَقِّ الصَّلاة كَذَا هَذَا. وَصُورَتُهُ: كُوفِيٌّ نَقَل عِيَالهُ إلى مَكَّةَ لِيَتَوطَّنَ بِهَا فَلَمَّا دَخَلهَا وَتَوطَّنَ بِهَا بَدَا لهُ أَنْ يَرْجِعَ إلى خُرَاسَانَ فَمَرَّ بالكُوفَة فَإِنَّهُ يُصَلي بِهَا رَكْعَتَيْنِ لأَنَّ وَطَنَهُ بِالكُوفَة انْتَقَضَ بوَطَنه بمَكَّةَ، وَإِنْ بَدَا لهُ فِي الطَّرِيقِ قَبْل أَنْ يَدْخُل مَكَّةَ أَنْ لا يَسْتَوْطِنَ مَكَّةَ وَيَرْجِعَ إلى خُرَاسَانَ فَمَرَّ بالكُوفَةِ فَإِنَّهُ يُصَلي بِالكُوفَةِ أَرْبَعًا لأَنَّ وَطَنَهُ بِالكُوفَةِ قَائِمٌ مَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطَنًا آخَرَ، فَكَذَا هَذَا.

وَفِي بَعْضِ الشُّرَّاحِ قَوْلُهُ قَالُوا لا يَبَرُّ مَعْنَاهُ إذَا لَمْ يَكُنْ فِي طَلب مَسْكَنٍ آخَرَ، أَمَّا إذَا كَانَ وَبَقِيَ عَلى ذَلكَ أَيَّامًا فَلا يَحْنَثُ فِي الصَّحِيحِ وَإِنْ لَمْ يَنْتَقل إلى السِّكَّةِ أَوْ المَسْجد لأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ طَرْحُ الأَمْتِعَةِ فِي السِّكَّةِ فَيَصِيرُ ذَلكَ القَدْرُ مُسْتَثْنًى للضَّرُورَةِ، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

بَابُ اليَمِينِ فِي الخُرُوجِ وَالإِتيَانِ وَالرُّكُوبِ وَغَيرِ ذَلكَ

قَال: (وَمَن حَلفَ لا يَخرجُ مِن المَسجِدِ فَأَمَرَ إنسَانًا فَحمَلهُ فَأَخرجَهُ حَنِثَ) لأَنَّ فِعل المَأمُورِ مُضَافٌ إلى الآمرِ فَصَارَ كَمَا إذَا رَكِبَ دَابَّةً فَخرَجَت (وَلو أَخرجَهُ مُكرهًا لم يَحنَث) لأَنَّ الفِعل لم يَنتَقِل إليهِ لعَدَمِ الأَمرِ (وَلو حَمَلهُ بِرِضَاهُ لا بِأَمرِهِ لا يَحنَثُ) فِي الصَّحِيحِ، لأَنَّ الانتِقَال بِالأَمرِ لا بِمُجَرَّدِ الرِّضَا.

الشرح:

(بَابُ اليَمِينِ فِي الخُرُوجِ وَالإِتْيَانِ وَالرُّكُوبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ): ذِكْرُ الخُرُوجِ هَاهُنَا ظَاهِرُ التَّنَاسُبِ لأَنَّ لَهُ مُنَاسَبَةَ المُضَادَّةِ بِالدُّخُولِ، وَأَمَّا الإِتْيَانُ وَالرُّكُوبُ فَمَا يَتَحَقَّقُ بَعْدَ الخُرُوجِ فَاسْتَصْحَبَهُمَا ذِكْرُ الخُرُوجِ. قَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لا يَخْرُجُ مِنَ المَسْجِدِ) ظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ الحُكْمُ فِي الدَّارِ وَالبَيْتِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهًا) صُورَتُهُ أَنْ يَحْمِلَهُ إِنْسَانٌ فَيُخْرِجَهُ مُكْرَهًا لأَنَّهُ حِينَئِذٍ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ الفِعْلُ لا حَقِيقَةً وَلا حُكْمًا، وَأَمَّا إِذَا هَدَّدَهُ غَيْرُهُ فَخَرَجَ خَوْفًا مِنَ المُكْرِهِ فَإِنَّهُ يَحْنَثُ لِوُجُودِ الفِعْلِ مِنْهُ، ثُمَّ هَل تَنْحَلُّ اليَمِينُ إِذَا حَمَلَ مُكْرَهًا، قِيلَ تَنْحَلُّ كَمَا لَوْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ دَارَ فُلانٍ فَهَبَّتْ بِهِ الرِّيحُ وَأَلْقَتْهُ فِيهَا لَمْ يَحْنَثْ وَانْحَلَتْ اليَمِينُ، وَقِيلَ لا تَنْحَلُّ وَهُوَ الصَّحِيحُ. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ المَشَايِخِ فَإِنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّهُ يَحْنَثُ لَمَا أَنَّهُ لَمَّا كَانَ مُتَمَكِّنًا مِنَ الامْتِنَاعِ فَلَمْ يَمْتَنِعْ صَارَ كَالآمِرِ بِالإِخْرَاجِ.

قَال (وَلو حَلفَ لا يَخرجُ مِن دَارِه إلا إلى جِنَازَةٍ فَخَرَجَ إليهَا ثُمَّ أَتَى حَاجَةً أُخرَى لم يَحنَث) لأنَّ المَوجُودَ خُرُوجٌ مُستَثنَى، وَالمُضِيُّ بَعدَ ذَلكَ ليسَ بِخُرُوجٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالمُضِيُّ بَعْدَ ذَلكَ لَيْسَ بِخُرُوجٍ) يَعْنِي أَنَّ الخُرُوجَ عِبَارَةٌ عَنْ **الانْتِقَالِ مِنْ الدَّاخِلِ إِلى الخَارِجِ** وَلَمْ يُوجَدْ.

(وَلو حَلفَ لا يَخرجُ إلى مَكَّةَ فَخَرَجَ يُرِيدُهَا ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ) لوُجُودِ الخُرُوجِ عَلى قَصدِ مَكَّةَ وَهُوَ الشَّرطُ، إذ الخُرُوجُ هُوَ الانفِصَالُ مِن الدَّاخِلِ إلى الخَارِجِ (وَلو حَلفَ لا يَأتِيهَا لم يَحنَث حَتَّى يَدخُلهَا) لأنَّهُ عِبَارَةٌ عَن الوُصُول، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَآ ﴾ [الشعراء: ١٦] وَلو حَلفَ لا يَذهَبُ إليهَا قِيل هُوَ كَالإِتيَانِ، وَقِيل هُوَ كَالخُرُوجِ وَهُوَ الأَصَحُّ لأنَّهُ عِبَارَةٌ عَن الزَّوَال.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلفَ **لا يَخْرُجُ إِلى مَكَّةَ**) هَاهُنَا ثَلاثَةُ أَلفَاظٍ: الخُرُوجُ وَالإِتْيَانُ وَالذَّهَابُ وَالأَوَّلُ شَرْطُ الحِنْثِ بِهِ الانْفِصَالُ بِمُجَاوَزَةِ عِمْرَانِ مِصْرِهِ قَاصِدًا لِذَلكَ دُونَ الوُصُولِ. قَال اللهُ تَعَالى ﴿ وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ﴾ [النساء: ١٠٠]

وَأَرَادَ به الانْفصَال. وَالثَّاني شَرْطُهُ الوُصُولُ قَال اللهُ تَعَالى ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ﴾ [الشعراء: ١٦] فَإذَا وَصَل حَنثَ سَوَاءٌ كَانَ قَاصدًا أَوْ لَمْ يَكُنْ. وَالثَّالثُ اخْتَلفَ فيه المَشَايخُ قَال نَصْرُ ابْنُ يَحْيَى هُوَ بمَنْزلة الإتْيَان لقَوْله تَعَالى ﴿ٱذْهَبْ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ﴾ [النازعات: ١٧] وَالمُرَادُ به الإتْيَانُ. وَقَال مُحَمَّدُ بْنُ سَلمَةَ: هُوَ بمَنْزلة الخُرُوج، قَال اللهُ تَعَالى ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ﴾ [الأحزاب: ٣٣] وَالإذْهَابُ الإزَالةُ، فَيَكُونُ الذَّهَابُ زَوَالا فَلا يُشْتَرَطُ فيه الوُصُولُ. قَال المُصَنِّفُ (وَهُوَ الأَصَحُّ لأَنَّهُ عبَارَةٌ عَنْ الزَّوَال).

(وَإِن حَلفَ ليَأتِينَّ البَصرَةَ فَلم يَأتِهَا حَتَّى مَاتَ حَنِثَ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِن أَجزَاءِ حيَاتِهِ) لأَنَّ البِرَّ قَبل ذَلكَ مَرجُوٌّ.

(وَلو حَلفَ ليَأتِيَنَّهُ غدًا إن استَطَاعَ فَهَذَا عَلى استِطَاعَةِ الصِّحَّةِ دُونَ القُدرَةِ، وَفَسَّرَهُ فِي الجَامعِ الصَّغيرِ وَقَال: إذَا لم يَمرَض وَلم يَمنَعهُ السُّلطَانُ وَلم يَجِئ أَمرٌ لا يَقدِرُ عَلى إتيَانِهِ فَلم يَأتِهِ حَنِثَ، وَإِن عَنَى استِطَاعَةَ القَضَاءِ دِينَ فِيمَا بَينَهُ وَبَينَ اللهِ تَعَالى) وَهَذَا لأَنَّ حَقِيقَةَ الاستِطَاعَةِ فِيمَا يُقَارِنُ الفِعل وَيُطلقُ الاسمُ عَلى سَلامَةِ الآلاتِ وَصِحَّةِ الأَسبَابِ فِي المُتَعَارَفِ. فَعِندَ الإِطلاقِ يَنصَرِفُ إليهِ وَتَصِحُّ نِيَّةُ الأَوَّل دِيَانَةً لأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِهِ ثُمَّ قِيل وَتَصِحُّ قَضَاءً أَيضًا لمَا بَيَّنَّا، وَقِيل لا تَصِحُّ لأَنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ.

الشرح:

(وَلوْ حَلفَ ليَأْتيَنَّهُ غدًا إنْ اسْتَطَاعَ فَهَذَا عَلى اسْتطَاعَة الصِّحَّة دُونَ القُدْرَة) اعْلَمْ أَنَّ الاسْتطَاعَةَ تُطْلقُ عَلى مَعْنَيَيْن: أَحَدهمَا صحَّةُ الأَسْبَاب وَالآلات قَال اللهُ تَعَالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] وَفَسَّرَهُ رَسُولُ الله ﷺ بالزَّاد وَالرَّاحلة. وَالثَّاني القُدْرَةُ الحَقيقيَّةُ وَهيَ نَوْعٌ عَلى حدَة يَتَرَتَّبُ عَليْهَا الفعْلُ عنْدَ إرَادَته إرَادَةً جَازمَةً يَخْلُقُهُ اللهُ تَعَالى عنْدَ الفعْل لا قَبْلهُ عنْدَنَا، قَال اللهُ تَعَالى ﴿مَا كَانُوا۟ يَسْتَطِيعُونَ ٱلسَّمْعَ﴾ [هود: ٢٠] إذَا عَرَفْت هَذَا فَفيمَا نَحْنُ فيه كَلامُهُ يَنْصَرفُ إلى الأَوَّل لأَنَّهُ هُوَ المُتَعَارَفُ، وَإنْ عَنَى الثَّانيَ وَقَدْ عَبَّرَ عَنْهُ باسْتطَاعَة القَضَاء صَدَقَ فيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الله تَعَالى لأَنَّهُ نَوَى أَيْ أَرَادَ حَقيقَةَ كَلامه. وَقيل يَصْدُقُ قَضَاءً أَيْضًا لمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ نَوَى حَقيقَةَ كَلامه. وَقيل لا يَصحُّ قَضَاءً لأَنَّهُ خلافُ الظَّاهر، لمَا بَيَّنَّا أَنَّ الأَوَّل هُوَ المُتَعَارَفُ وَفيه تَخْفيفٌ عَلى نَفْسه.

(وَمَن حلفَ لا تَخرُجُ امرأَتُهُ إلا بِإذنِهِ فَأَذِنَ لهَا مَرَّةً فَخَرَجَت ثُمَّ خَرَجَت مَرَّةً أُخرَى بِغَيرِ إذنِهِ حَنِثَ وَلا بُدَّ مِن الإذنِ فِي كُل خُرُوجٍ) لأنَّ المُستَثنَى خُرُوجٌ مَقرُونٌ بِالإذنِ، وَمَا وَرَاءَهُ دَاخِلٌ فِي الحَظرِ العَامِّ. وَلو نَوَى الإذنَ مَرَّةً يُصَدَّقُ دِيَانَةً لا قَضَاءً لأنَّهُ مُحتَمَلُ كَلامِهِ لكِنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ (وَلو قَال إلا أن آذَنَ لك فَأَذِنَ لهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَخَرَجَت ثُمَّ خَرَجَت بَعدَهَا بِغَيرِ إذنِهِ لم يَحنَث) لأنَّ هَذِهِ كَلمَةُ غَايَةٍ فَتَنتَهِي اليَمِينُ بِهِ كَمَا إذَا قَال حَتَّى آذَنَ لك.

الشرح:

وَلوْ حَلفَ لا تَخرُجُ امرَأَتُهُ إلا بإذْنه احْتَاجَ إلى الإذْن لكُل خُرْجَة) حَتَّى لوْ أَذنَ لَهَا مَرَّةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ بلا إذْن حَنثَ لأَنَّ المُسْتَثْنَى خُرُوجٌ مَقْرُونٌ بالإذْن؛ لأَنَّ تَقْديرَهُ وَالله لا تَخرُجي إلا خُرُوجًا مُلصَقًا بإذْني لأَنَّ البَاءَ للإلصَاق فَيَقْتَضي مُلصَقًا وَمُلصَقًا به فَيَكُونُ مَا وَرَاءَهُ: أَيْ مَا وَرَاءَ المُسْتَثْنَى دَاخلا تَحْتَ الحَظْر العَامِّ (وَلوْ نَوَى الإذْنَ مَرَّةً صَدَقَ ديَانَةً لا قَضَاءً لأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلامه) لكنَّهُ خلافُ الظَّاهر لكَوْنه مُخَالفًا لمُقْتَضَى البَاء. وَلوْ قَال إلا أَنْ آذَنَ لك كَفَى إذْنٌ وَاحدٌ لمَا ذُكرَ في الكتَاب. وَاعْتُرضَ عَلَيْه بقَوْله تَعَالى ﴿لَا تَدۡخُلُواْ بُيُوتَ ٱلنَّبِيِّ إِلَّآ أَن يُؤۡذَنَ لَكُمۡ﴾ [الأحزاب: ٥٣] وَكَانَ تَكْرَارُ الإذْن لازمًا. وَأُجيبَ بأَنَّ ذَلكَ بدَليلٍ خَارجيٍّ وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿إِنَّ ذَٰلِكُمۡ كَانَ يُؤۡذِى ٱلنَّبِيَّ﴾ وَتَمَامُ التَّقْدير فيه ذَكَرْنَاهُ في الأَنْوَار وَالتَّقْدير، وَمَعْنَى قَوْله لأَنَّ هَذه كَلمَةُ غَايَة: أَيْ كَلمَةٌ تُفيدُ مَعْنَى الغَايَة لأَنَّ إلا أَنَّ ليْسَ مَوْضُوعًا لهَا بَل للاسْتثْنَاء، وَتَعَذَّرَ حَمْلُهُ عَليْه لأَنَّ صَدْرَ الكَلام ليْسَ منْ جنْسِ الإذْن حَتَّى يُسْتَثْنَى الإذْنُ منْهُ فَيُجْعَلُ مَجَازًا عَنْ حَتَّى لمُنَاسَبَة بَيْنَهُمَا، وَهُوَ أَنَّ حُكْمَ مَا قَبْل الغَايَة مُخَالفٌ لمَا بَعْدَهَا، كَمَا أَنَّ حُكْمَ مَا قَبْل الاسْتثْنَاء يُخَالفُ حُكْمَ مَا بَعْدَهُ.

(وَلو أَرَادَت المَرأَةُ الخُرُوجَ فَقَال إن خَرَجت فَأَنتِ طَالقٌ فَجَلَسَت ثُمَّ خَرَجَت لم يَحنَث) وَكَذَلك إذَا أَرَادَ رَجُلٌ ضَربَ عَبدِهِ فَقَال لهُ آخَرُ إن ضَرَبته فَعَبدِي حُرٌّ فَتَرَكَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ وَهَذِهِ تُسَمَّى يَمِينَ فَورٍ. وَتَفَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ بِإظهَارِهِ. وَوَجهُهُ أَنَّ مُرَادَ المُتَكَلمِ الرَّدُّ عَن تِلكَ الضَّربَةِ وَالخَرجَةِ عُرفًا، وَمَبنَى الأَيمَانِ عَليهِ. (وَلو قَال لهُ رَجُلٌ اجلس فَتَغَدَّ عِندِي قَال إن تَغَدَّيت فَعَبدِي حُرٌّ فَخَرَجَ فَرَجَعَ إلى مَنزِلهِ وَتَغَدَّى لم يَحنَث)

لأنَّ كَلامَهُ خَرَجَ مَخرجَ الجوَابِ فيَنطَبِقُ على السُّؤَال فيَنصَرِفُ إلى الغَدَاءِ المَدعُوِّ إليه، بِخِلافِ مَا إذَا قَال إن تَغَدَّيت اليومَ لأنَّهُ زَادَ على حَرفِ الجوَابِ فيُجعلُ مُبتَدأً.

الشرح:

قَال (وَلوْ أَرَادَتْ المَرْأَةُ الخُرُوج) صُورَةُ المَسْأَلة ظَاهِرَةٌ (وَتُسَمَّى هَذه اليَمينُ يَمينَ فَوْر) وَهُوَ فِي الأَصْل مَصْدَرُ فَارَتْ القدْرُ إذَا غَلَتْ، فَاسْتُعِيرَ للسُّرْعَة ثُمَّ سُمِّيَتْ به الحَالَةُ التي لا رَيْبَ فِيهَا وَلا لبْثَ، فَقِيل جَاءَ فُلانٌ وَخَرَجَ فُلانٌ مِنْ فَوْرِه: أَيْ مِنْ سَاعَته (وَتَفَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ بإِظْهَارِه) أَيْ بِاسْتنْبَاطِه، وَكَانَ النَّاسُ قَبْلَهُ يَعْلمُونَ اليَمينَ عَلى نَوْعَيْن: مُؤَبَّدَة، وَمُؤَقَّتَة لفْظًا.

ثُمَّ اسْتَنْبَطَ أَبُو حَنِيفَةَ هَذَا النَّوْعَ الثَّالثَ وَهُوَ المُؤَبَّدُ لفظًا وَالمُؤَقَّتُ مَعْنًى.

وَقَدْ أَخَذَهُ مِنْ حَديث جَابِرٍ وَابْنِه رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا حِينَ دُعِيَا إلى نُصْرَة رَجُلٍ فَحَلفَا أَنْ لا يَنْصُرَاهُ ثُمَّ نَصرَاهُ وَ لَمْ يَحْنَثَا، وَاعْتُبِرَ فِي ذَلكَ العُرْفُ فَإِنَّ الحَالفَ فِي العَادَة يَقْصِدُ بِهذَا اللفْظ مَنْعَهُمَا عَنْ الخَرْجَة التي تَهَيَّأَتْ لَهَا إلا مِنْ الخُرُوجِ عَلى التَّأْبِيد، فَإذَا عَادَتْ فَقَدْ تَرَكَتْ تلكَ الخَرْجَةَ وَانْتَهَتْ اليَمينُ فَلا يَحْنَثُ بَعْدَ ذَلكَ، وَإِنْ خَرَجَتْ وَالعُرْفُ لهُ اعْتبَارٌ فِي بَابِ الأَيْمَان؛ وَعَلى هَذَا لوْ أَرَادَ **الرَّجُلُ ضَرْبَ عَبْده فَقَال آخَرُ إنْ ضَرَبْته فَعَبْدِي حُرٌّ** يَتَقَيَّدُ بتلكَ الضَّرْبَة، وَعَلى هَذَا إذَا **قَال لهُ اجْلسْ تَغَدَّ عِنْدي فَقَال إنْ تَغَدَّيْت فَعَبْدِي حُرٌّ** وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَلوْ قَال إنْ تَغَدَّيْت اليَوْمَ يُجْعَلُ مُبْتَدئًا لأَنَّهُ زَادَ عَلى مقْدَارِ الجَوَاب. فَفِي تَطْبِيقه عَلى السُّؤَال إلغَاءُ الزِّيَادَة.

فَإِنْ قِيل: الزِّيَادَةُ لا تَضُرُّ كَوْنَهُ جَوَابًا للسُّؤَال؛ أَلا تَرَى إلى قَوْله تَعَالى ﴿ قَالَ هِيَ عَصَايَ أَتَوَكَّؤُاْ عَلَيْهَا وَأَهُشُّ بِهَا عَلَىٰ غَنَمِي وَلِيَ فِيهَا مَـَٔارِبُ أُخْرَىٰ ﴾ [طه: ١٨] فِي جَوَابِ قَوْله تَعَالى ﴿ وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَـٰمُوسَىٰ ﴾ [طه: ١٧] كَيْفَ زَادَ عَلى مِقْدَارِ الجَوَاب وَهُوَ أَنْ يَقُول عَصَايَ وَ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ كَوْنه جَوَابًا.

أُجِيبَ بِأَنَّ كَلمَةَ «مَا» تُسْتَعْمَلُ للسُّؤَال عَنْ الذَّات وَالسُّؤَال عَنْ الصِّفَات، وَحَيْثُ وَقَعَتْ فِي حَيِّزِ السُّؤَال اشْتَبَهَ عَلى مُوسَى عَلَيْه السَّلامُ أَنَّ السُّؤَال وَقَعَ عَنْ الذَّات أَوْ الصِّفَة فَجَمَعَ بَيْنَهُمَا ليَكُونَ مُجِيبًا عَلى كُل حَال.

قَال صَاحِبُ النِّهَايَة: إلى هَذَا أَشَارَ فِي الفَوَائِد الظَّهِيرِيَّة. وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ أَهْل

البَلاغَة قَالُوا: إنَّ " مَا " يُسْأَلُ بِهَا عَنْ وَصْفِ العُقَلاءِ وَالعَصَا لَمْ تَكُنْ عَاقِلَةً سَلَمْنَا، وَلكِنْ الأَفْعَالُ المُسْنَدَةُ إلى مُوسَى عَلَيْهِ السَّلامُ لا تَكُونُ أَوْصَافًا؛ وَلئِنْ كَانَتْ لا تَكُونُ أَوْصَافًا للعَصَا. وَأَقُولُ: الزِّيَادَةُ عَلى حَرْفِ الجَوَابِ لا تَصرِفُهُ عَنْ كَوْنِهِ جَوَابًا لهُ أَلبَتَّةَ، وَإِنَّمَا يُجْعَلُ كَلامًا مُبْتَدأً إذَا كَانَ ثَمَّةَ مَصْرِفٌ يُمْكِنُ حَمْلُهُ عَلَيْهِ إعْمَالا للزِّيَادَة كَمَا فِي المَسْأَلة وَلَيْسَ فِي الآيَةِ ذَلكَ فَلَمْ يُصْرَفْ عَنْ كَوْنِهِ جَوَابًا يَلُوحُ إلى هَذَا قَوْلُهُ فَيُجْعَلُ مُبْتَدئًا.

(وَمَن حَلفَ لا يَركَبُ دَابَّةَ فُلانٍ فَرَكِبَ دَابَّةَ عَبدٍ مَأذُونٍ لهُ مَديُونٍ أَو غَيرِ مَديُونٍ لم يَحنَث) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ إلا أَنَّهُ إذَا كَانَ عَليهِ دَينٌ مُستَغرِقٌ لا يَحنَثُ وَإنْ نَوَى لأَنَّهُ لا مِلكَ للمَولى فِيهِ عِندَهُ، وَإِن كَانَ الدَّينُ غَيرَ مُستَغرِقٍ أَو لم يَكُن عَليهِ دَينٌ لا يَحنَثُ مَا لم يَنوِهِ لأَنَّ المِلكَ فِيهِ للمَولى لكِنَّهُ يُضَافُ إلى العَبدِ عُرفًا، وَكَذَا شَرعًا قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن بَاعَ عَبدًا وَلهُ مَالٌ فَهُوَ للبَائِعِ»[1] الحَدِيثَ فَتَختَلُّ الإِضَافَةُ إلى المَولى فَلا بُدَّ مِن النِّيَّةِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا: يَحنَثُ إذَا نَوَاهُ لاختِلال الإِضَافَةِ. وَقَال مُحَمَّدٌ: يَحنَثُ وَإِن لم يَنوِهِ لاعتِبَارِ حَقِيقَةِ المِلكِ إذ الدَّينُ لا يَمنَعُ وُقُوعَهُ للسَّيِّدِ عِندَهُمَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ حَلفَ لا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلان) الدَّابَّةُ فِي اللُّغَةِ كُلُّ مَا يَدبُّ مِنْ الحَيَوَانَاتِ: أَيْ يَتَحَرَّكُ مَشْيًا عَلى وَجْهِ الأَرْضِ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا ﴾ [هود: ٦] وَيَتَعَلقُ الرُّكُوبُ بِهَا بِعَيْنِ مَا يَرْكَبُ مِنْهَا مُرَادًا كَالبَغْل وَالفَرَسِ وَالبَعِيرِ وَالحِمَارِ وَالبَقَرِ وَالجَامُوسِ وَالفِيل فِي القِيَاسِ. وَاسْتَحْسَنَ العُلمَاءُ فِي عَقْدِ اليَمِينِ عَلى مَا يُرْكَبُ فِي غَالب البُلدَان وَهُوَ الخَيْلُ وَالبِغَالُ وَالحَمِيرُ أَخْذًا مِنْ قَوْله تَعَالى ﴿ وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ [النحل: ٨] ذَكَرَ مِنَّةَ الرُّكُوبِ فِي هَذه الأَنْوَاعِ الثَّلاثَة: فَأَمَّا فِي الأَنْعَامِ فَقَدْ ذَكَرَ مَنْفَعَةَ الأَكْل بقَوْله تَعَالى ﴿ وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَاۗ لَكُمْ ﴾ [النحل: ٥]، وَبالعُرْف؛ فَإِنَّهُ إذَا قِيل رَكِبَ فُلانٌ دَابَّةً لَمْ يَفْهَمْ مِنْهُ أَحَدٌ أَنَّهُ رَكِبَ البَقَرَ أَوْ الفِيل وَإِنْ كَانَ يَرْكَبُ فِي بلاد الهِنْد، إلا إذَا نَوَى جَمِيعَ ذَلكَ فَيَكُونُ عَلى مَا نَوَى لأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِه، وَفِيهِ تَشْدِيدٌ عَلَيْه.

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٩٠، ومسلم في البيوع (٧٧).

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَنْ **حَلفَ لا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلان فَرَكِبَ دَابَّةَ عَبْد مَأْذُون لَهُ مَدْيُون أَوْ غَيْرِ مَدْيُون** لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَنْوِ، فَأَمَّا إِذَا نَوَى وَرَكِبَ دَابَّةَ العَبْدِ فَيَحْنَثُ، إلا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لا يَحْنَثُ وَإِنْ نَوَى لأَنَّهُ لا ملكَ للمَوْلَى فيه عِنْدَهُ: أَيْ فِيمَا مَلَكَهُ العَبْدُ المَدْيُونُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

حَتَّى لَوْ أَعْتَقَ عَبْدَ عَبْده لا يُعْتَقُ وَتَلمَحُ ممَّا ذَكَرْنَا المُسْتَثْنَى مِنْهُ فِي قَوْله إلا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَهُوَ القَدْرُ الذي أَظْهَرْنَاهُ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ مُسْتَغْرِق أَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْه دَيْنٌ لا يَحْنَثُ مَا لَمْ يَنْوِهَا لأَنَّ الملكَ فِيهِ للمَوْلَى لكنَّهُ يُضَافُ إلى العَبْدِ عُرْفًا حَيْثُ يُقَالُ دَابَّةُ عَبْدِ فُلانٍ وَلَمْ يَقُل دَابَّةَ فُلان.

وَشَرْعًا قَال ﷺ «**مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لمَوْلاهُ**» فَتَخْتَلُّ الإِضَافَةُ إلى المَوْلَى فَلا بُدَّ منَ النِّيَّة. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَحْنَثُ فِي الوُجُوه كُلها، وَهِيَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْه دَيْنٌ، وَكَانَ عَلَيْه دَيْنٌ غَيْرُ مُسْتَغْرِقٍ أَوْ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ إِذَا نَوَى. وَوَجْهُ ذَلكَ أَنَّ دَيْنَ العَبْد وَإِنْ كَانَ لا يَمْنَعُ وُقُوعَ الملكِ للمَوْلَى عِنْدَهُ إلا أَنَّهُ يُضَافُ إلى العَبْد فَتَخْتَلُّ الإِضَافَةُ إلى المَوْلَى فَلا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ الإِضَافَة إلا بالنِّيَّة. وَقَال مُحَمَّدٌ: يَحْنَثُ فِي الوُجُوه كُلها وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ لاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ الملك للسَّيِّد إِذْ الدَّيْنُ لا يَمْنَعُ وُقُوعَهُ للسَّيِّد عِنْدَهُمَا.

بَابُ اليَمِينِ فِي الأَكل وَالشُّرب

قَال: (وَمَن حَلفَ لا يَأكُلُ من هَذِهِ النَّخلةِ فَهُوَ عَلى ثَمَرِهَا) لأَنَّهُ أَضَافَ اليَمِينَ إلى مَا لا يُؤكَلُ فَيَنصَرِفُ إلى مَا يَخرُجُ مِنهُ وَهُوَ الثَّمَرُ لأَنَّهُ سَبَبٌ لهُ فَيَصلُحُ مَجَازًا عَنهُ، لكنَّ الشَّرطَ أَن لا يَتَغَيَّرَ بِصُنعِهِ جَدِيدَةً حَتَّى لا يَحنَثَ بِالنَّبِيذِ وَالخَل وَالدِّبسِ المَطبُوخِ.

الشرح:

(**بَابُ اليَمِينِ فِي الأَكْل وَالشُّرْب**): قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ أَوَّل مَا يَحْتَاجُ إلَيْه الإِنْسَانُ المَسْكَنُ ثُمَّ الأَكْلُ وَالشُّرْبُ، وَهَذَا البَابُ لبَيَان اليَمينِ عَلَيْهمَا. وَاعْلمْ أَنَّ مَا يَصلُ إلى جَوْف الإِنْسَانِ لا يَخْلُو عَنْ أَرْبَعَة أَوْجُه: مَأْكُول، وَمَشْرُوب. وَمَمْصُوص، وَمَلعُوق؛ فَالمَأْكُولُ مَا يَتَأَتَّى فِيهِ المَضْغُ وَالهَشْمُ لا المَمْضُوغُ، حَتَّى لوْ ابْتَلعَ مَا يَتَأَتَّى فيه المَضْغُ منْ غَيْرِ مَضْغٍ يُسَمَّى آكلا. وَالمَشْرُوبُ مَا لا يَتَأَتَّى فيه ذَلكَ، فَلوْ **حَلفَ لا يَأْكُلُ لَبَنًا فَشَرِبَهُ** لا يَحْنَثْ، وَلوْ حَلفَ لا يَشْرَبُهُ فَثَرَدَ فِيهِ وَأَكَل لَمْ يَحْنَثْ.

وَالمَمْصُوصُ هُوَ مَا يَحْصُلُ بِعِلاجِ اللهَاةِ؛ فَلوْ **حلفَ لا يأكُلُ عنبًا** أَوْ **رُمَّانًا فَمضَغَهُ ورَمَى ثقلهُ وَابْتَلعَ مَاءً** لَمْ يَحْنَثْ لا فِي الأَكْلِ وَلا فِي الشُّرْبِ. وَالمَعْلُوقُ هُوَ مَا يُتَنَاوَلُ بِالجَسِّ بِالأُصْبُعِ وَالشِّفَاه، فَإِذَا عُرِفَ هَذَا رَجَعْنَا إِلى مَا فِي الكِتَابِ، فَقَوْلُهُ فَهُوَ عَلى ثَمَرِهَا: يَعْنِي إِذَا كَانَتْ لَهَا ثَمَرَةٌ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَاليَمِينُ تَقَعُ عَلى ثَمَنِهَا لأَنَّهُ أَضَافَ اليَمِينَ إِلى مَا لا يُؤْكَلُ فَيَنْصَرِفُ إِلى مَا يَخْرُجُ مِنْهُ لأَنَّ الحَقِيقَةَ إِذَا تَعَذَّرَتْ يُصَارُ إِلى المَجَازِ، وَمَا يَخْرُجُ مِنْهُ صَالِحٌ لِكَوْنِهِ مَجَازًا؛ لأَنَّهُ: أَيْ مَا لا يُؤْكَلُ سَبَبٌ لهُ فَيَنْصَرِفُ إِلى مَا يَخْرُجُ مِنْهُ، وَذِكْرُ السَّبَبِ وَإِرَادَةُ المُسَبَّبِ مَجَازٌ شَائِعٌ، وَلكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ لا يَتَغَيَّرَ بِصَنْعَةٍ جَدِيدَةٍ لأَنَّ مَا يُصْنَعُ مِنْ ذَلِكَ الثَّمَرِ لَيْسَ بِثَمَرٍ فَلا يَحْنَثُ بِالنَّبِيذِ وَالخَلِ وَالدِّبْسِ المَطْبُوخِ، وَقَيَّدَ بِالمَطْبُوخِ وَإِنْ كَانَ الدِّبْسُ لا يَكُونُ إِلا مَطْبُوخًا احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا أُطْلِقَ اسْمَ الدِّبْسِ عَلى مَا يَسِيلُ مِنْ الرُّطَبِ كَمَا ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ المَوَاضِعِ مِنْ الذَّخِيرَةِ وَغَيْرِهِ.

(وإن حلفَ لا يأكلُ من هَذا البُسرِ فصَارَ رُطبًا فأَكلهُ لم يَحنَث. وَكذَا إذَا حلفَ لا يأكلُ من هَذا الرُّطَبِ أو من هَذا اللبَنِ فصَارَ تمرًا أو صَارَ اللبَنُ شيرَازًا لم يَحنَث) لأنَّ صِفةَ البُسُورَةِ وَالرُّطُوبَةِ دَاعِيَةٌ إلى اليَمِينِ، وَكذَا كونُهُ لبنًا فيَتَقيَّدُ بِهِ، وَلأنَّ اللبَنَ مَأكولٌ فَلا يَنصَرِفُ اليَمِينُ إلى مَا يُتَّخذُ مِنهُ، بِخِلافِ مَا إذَا حلفَ لا يُكلمُ هَذا الصَّبِيَّ أو هَذا الشَّابَّ فَكلمَهُ بَعدمَا شَاخَ لأنَّ هِجرَانَ المُسلمِ بِمَنعِ الكَلامِ مَنهِيٌّ عَنهُ فَلم يُعتَبَر الدَّاعِي دَاعِيًا فِي الشَّرعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا البُسْرِ) ظَاهِرٌ، وَكَلامُهُ يُشِيرُ إِلى قَاعِدَةٍ هِيَ **أَنَّ اليَمِينَ إِذَا انْعَقَدَتْ عَلى عَيْنٍ بِوَصْفٍ** يَدْعُو ذَلِكَ الوَصْفُ إِلى اليَمِينِ فَيَتَقَيَّدُ اليَمِينُ بِبَقَاءِ ذَلِكَ الوَصْفِ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الاسْمِ؛ وَلِذَلِكَ لا يَحْنَثُ مَنْ **حَلفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا البُسْرِ أَوْ الرُّطَبِ أَوْ اللبَنِ فَتَغَيَّرَ ذَلِكَ الوَصْفُ بِصَيْرُورَةِ البُسْرِ رُطَبًا وَالرُّطَبِ تَمْرًا وَاللبَنِ شِيرَازًا** وَهُوَ الذِي اسْتُخْرِجَ مَاؤُهُ فَصَارَ كَالفَالُوذَجِ الخَاثِرِ. فَإِنْ قِيلَ: فَعَلى هَذَا إِذَا **حَلفَ لا يُكَلمُ هَذَا الصَّبِيَّ أَوْ هَذَا الشَّابَّ فَكَلمَهُ بَعْدَ مَا شَاخَ** يَنْبَغِي أَنْ لا يَحْنَثَ لأَنَّ الصِّبَا مَظِنَّةُ السَّفَهِ وَالشَّبَابُ شُعْبَةٌ مِنْ الجُنُونِ فَكَانَا وَصْفَيْنِ دَاعِيَيْنِ إِلى اليَمِينِ وَقَدْ زَالا عِنْدَ الشَّيْخُوخَةِ فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ لا يَحْنَثَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا

حَلفَ لا يُكَلمُ هَذَا الصَّبِيَّ إلخ. وَوَجْهُهُ أَنَّ القَاعِدَةَ المَذْكُورَةَ تَقْتَضِي ذَلكَ لكِنْ الشَّرْعُ أَسْقَطَ اعْتِبَارَهَا لأَنَّهُ نَهَى عَنْ هِجْرَانِ المُسْلمِ بِمَنْعِ الكَلامِ، قَال ﷺ «**مَنْ لمْ يَرْحَمْ صَغِيرَنَا وَلمْ يُوَقِّرْ كَبِيرَنَا**» الحَدِيثَ.

وَالمَهْجُورُ شَرْعًا كَالمَهْجُورِ عَادَةً، فَانْعَقَدَتْ اليَمِينُ عَلى الذَّاتِ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ حَالةَ الشَّيْخُوخَةِ فَيَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ. وَاعْتُرِضَ عَلى دَليلِ الكِتَابِ بِأَنَّا سَلمْنَا أَنَّ هِجْرَانَ المُسْلمِ حَرَامٌ، لكِنْ الحَرَامُ يَقَعُ مَحْلُوفًا عَليْهِ، كَمَا لوْ **قَال وَاللهِ ليَشْرَبَنَّ اليَوْمَ خَمْرًا**. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الكَلامَ فِي أَنَّ الحَقِيقَةَ يَجُوزُ أَنْ تُتْرَكَ بِهِجْرَانِ الشَّرْعِ فِيمَا إذَا كَانَ الكَلامُ مُحْتَملا للمَجَازِ حَمْلا لأَمْرِ المُسْلمِ عَلى الصَّلاحِ، وَأَمَّا أَنَّ اليَمِينَ تَنْعَقِدُ عَلى الحَرَامِ المَحْضِ فَلا كَلامَ فِيهِ.

(وَلو حَلفَ لا يَأكُلُ لحمَ هَذَا الحمَل فَأَكَل بَعدَمَا صَارَ كَبشًا حَنِث) لأنَّ صِفَةَ الصِّغَرِ فِي هَذَا ليسَت بِدَاعِيَةٍ إلى اليَمِينِ فَإِنَّ المُمتَنِعَ عَنهُ أَكثَرُ امتِنَاعًا عَن لحمِ الكَبشِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ **حَلفَ لا يَأْكُلُ لحْمَ هَذَا الحَمَل**) ظَاهِرٌ.

قَال: (وَمَن حَلفَ لا يَأكُلُ بُسرًا فَأَكَل رُطَبًا لم يَحنَث) لأنَّهُ ليسَ بِبُسرٍ.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ حَلفَ لا يَأْكُلُ بُسْرًا) هَذِهِ المَسْأَلةُ عَلى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إذَا حَلفَ لا يَأْكُلُ بُسْرًا فَأَكَل بُسْرًا مُذْنِبًا بِكَسْرِ النُّونِ وَهُوَ مَا بَدَا الإِرْطَابُ مِنْ قِبَل ذَنَبِهِ وَهُوَ مَا سَفَل مِنْ جَانِبِ القِمْعِ وَالعَلاقَةِ وَتَفْسِيرُهُ هُوَ الذِي عَامَّتُهُ بُسْرٌ وَفِيهِ شَيْءٌ مِنْ الرُّطَبِ حَنِثَ فِي يَمِينِهِ فِي قَوْلهِمْ. وَكَذَا إذَا حَلفَ لا يَأْكُلُ رُطَبًا مُذْنِبًا وَهُوَ الذِي عَامَّتُهُ رُطَبٌ وَفِيهِ شَيْءٌ مِنْ البُسْرِ حَنِثَ فِي قَوْلهِمْ. وَلوْ حَلفَ لا يَأْكُلُ بُسْرًا فَأَكَل رُطَبًا فِيهِ شَيْءٌ مِنْ البُسْرِ حَنِثَ فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يَحْنَثُ. وَلوْ حَلفَ لا يَأْكُلُ رُطَبًا فَأَكَل بُسْرًا فِيهِ شَيْءٌ مِنْ الرُّطَبِ حَنِثَ عِنْدَهُ خِلافًا لهُمَا عَلى رِوَايَةِ الكِتَابِ. وَذَكَرَ فِي الإِيضَاحِ وَشُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْل مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي أَنَّهُ يَحْنَثُ فِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ. وَقَال صَاحِبُ النِّهَايَةِ وَاَللهُ أَعْلمُ بِصِحَّتِهِ: لهُمَا أَنَّ الرُّطَبَ المُذْنِبَ يُسَمَّى رُطَبًا، فَإِذَا **حَلفَ لا يَأْكُلُ بُسْرًا وَأَكَل الرُّطَبَ المُذْنِبَ** فَقَدْ أَكَل الرُّطَبَ لا البُسْرَ فَلا يَحْنَثُ،

وَكَذَلِكَ بِالعَكْسِ وَصَارَ كَمَا إِذَا حَلَفَ لا يَشْتَرِي رُطَبًا فَاشْتَرَى بُسْرًا مُذْنِبًا لا يَحْنَثُ.

(وَمَن حَلفَ لا يَأكُلُ رُطَبًا أَو بُسرًا أَو حلفَ لا يَأكُلُ رُطَبًا وَلا بُسرًا فَأَكَل مُذَنِّبًا حَنِثَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا لا يَحنَثُ فِي الرُّطَبِ) يَعنِي بِالبُسرِ المُذَنِّبِ وَلا فِي البُسرِ بِالرُّطَبِ المُذَنِّبِ لأَنَّ الرُّطَبَ المُذَنِّبَ يُسَمَّى رُطَبًا وَالبُسرَ المُذَنِّبَ يُسَمَّى بُسرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ اليَمِينُ عَلى الشِّرَاءِ. وَلهُ أَنَّ الرُّطَبَ المُذَنِّبَ مَا يَكُونُ فِي ذَنَبِهِ قَليلُ بُسرٍ، وَالبُسرَ المُذَنِّبَ عَلى عَكسِهِ فَيَكُونُ آكِلُهُ آكِل البُسرِ وَالرُّطَبِ، وَكُلٌّ وَاحِدٍ مَقصُودٌ فِي الأَكل بِخِلافِ الشِّرَاءِ لأَنَّهُ يُصَادِفُ الجُملَةَ فَيَتبَعُ القَليلُ فِيهِ الكَثِيرَ.

(وَلو حَلفَ لا يَشتَرِي رُطَبًا فَاشتَرَى كِبَاسَةَ بُسرٍ فِيهَا رُطَبٌ لا يَحنَثُ) لأَنَّ الشِّرَاءَ يُصَادِفُ الجُملَةَ وَالمَغلُوبَ تَابِعٌ (وَلو كَانَت اليَمِينُ عَلى الأَكل يَحنَثُ) لأَنَّ الأَكل يُصَادِفُهُ شَيئًا فَشَيئًا فَكَانَ كُلٌّ مِنهُمَا مَقصُودًا وَصَارَ كَمَا إِذَا حَلفَ لا يَشتَرِي شَعِيرًا أَو لا يَأكُلُهُ فَاشتَرَى حِنطَةً فِيهَا حَبَّاتُ شَعِيرٍ وَأَكَلهَا يَحنَثُ فِي الأَكل دُونَ الشِّرَاءِ لِمَا قُلنَا.

الشرح:

(وَلَهُ أَنَّ الرُّطَبَ المُذْنبَ مَا يَكُونُ فِي ذَنَبِهِ قَلِيلُ بُسْرٍ وَالبُسْرُ المُذْنبُ عَلى عَكْسه فَيَكُونُ آكلُهُ آكل البُسْرِ وَالرُّطَب) فَيَحْنَثُ فِي الصُّورَتَيْنِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَالبًا وَالآخَرُ مَغْلُوبًا أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ مَيَّزَهُ فَأَكَلَهُ حَنِثَ بالاتِّفَاق. فَكَذَا إِذَا أَكَلَهُ مَعَ غَيْرِه. وَاسْتُشْكل بمَا إِذَا **حَلفَ لا يَشْرَبُ** هَذَا اللبَنَ فَصَبَّ فيه مَاءً وَالمَاءُ غَالبٌ فَشَرِبَهُ لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ شَرِبَ المَحْلُوفَ عَلَيْه وَزِيَادَةً.

وَأَشَارَ المُصَنِّفُ إلى الجَوَاب عَنْهُ بقَوْله (وَكُلٌّ وَاحد مَقْصُودٌ في الأَكْل) يَعْني بخلاف صُورَة اللبَن، فَإِنَّ اللبَنَ لَمَّا صُبَّ فيه المَاءُ شَاعَ وَمَاعَ فِي جَميع. أَجْزَاء. اللبَن فَصَارَ مُسْتَهْلكًا. وَلهَذَا لا يُرَى مَكَانُهُ فَلمْ يَكُنْ كُلُّ وَاحد منْهُمَا مَقْصُودًا بالشُّرْب. وَقَوْلُهُ (بخلاف الشِّرَاء) جَوَابٌ عَنْ قيَاسهمَا صُورَةَ النِّزَاع عَلى الشِّرَاء وَهُوَ ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلوْ **حَلفَ لا يَشْتَرِي** رُطَبًا) كَالبَيَان للمَسْأَلة المُتَقَدِّمَة وَهُوَ ظَاهرٌ.

(وَمَن حَلفَ لا يَأكُلُ لحمًا فَأَكَل لحمَ السَّمَكِ لا يَحنَثُ) وَالقِيَاسُ أَن يَحنَثَ لأَنَّهُ يُسَمَّى لحمًا فِي القُرآنِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ التَّسمِيَةَ مَجَازِيَّةٌ لأَنَّ اللحمَ مُنشَؤُهُ مِن

الدَّمِ وَلا دَمَ فِيهِ لسُكُونِهِ فِي المَاءِ (وَإِن أَكَل لحمَ خِنزِيرٍ أَو لحمَ إنسَانٍ يَحنَثُ) لأَنَّهُ لحمٌ حَقِيقِيٌّ إلا أَنَّهُ حرَامٌ. وَاليَمِينُ قد تُعقَدُ للمَنعِ مِن الحرَامِ (وَكَذَا إذَا أَكَل كَبِدًا أَو كَرِشًا) لأَنَّهُ لحمٌ حَقِيقَةً فَإِنَّ نُمُوَّهُ مِن الدَّمِ وَيُستَعمَلُ استِعمَال اللحمِ. وَقِيل فِي عُرفِنَا لا يَحنَثُ لأَنَّهُ لا يُعَدُّ لحمًا.

الشرح:

(وَمَنْ حَلفَ لا يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَل لَحْمَ السَّمَك لا يَحْنَثُ) وَالأَصْلُ فِيه أَنَّ اللفْظَ إِذَا تَنَاوَل أَفْرَادًا وَفِي بَعْضِهَا نَوْعُ قَصْرٍ لا يَدْخُلُ القَاصِرُ تَحْتَهُ، وَلَحْمُ السَّمَك فِيه قُصُورٌ لأَنَّ اللحْمَ مِنْ الالتِحَامِ وَالالتِحَامُ بالاشْتِدَادِ وَالاشْتِدَادُ بالدَّمِ وَالدَّمُ فِي السَّمَك ضَعِيفٌ. وَقَال المُصَنِّفُ: لا دَمَ فِيهِ، جَعَلهُ بمَنْزِلة المَعْدُومِ لكَوْنِه يَسْكُنُ المَاءَ فَكَانَ مَعْنَى اللحْمِ قَاصِرًا فِيهِ فَلا يَدْخُلُ تَحْتَ اللفظِ المُطْلقِ وَمَوْضُوعُهُ أُصُولُ الفقْه (وَإِنْ أَكَل لَحْمَ خِنْزِيرٍ أَوْ إِنْسَانٍ حَنثَ لأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقِيٌّ إلا أَنَّهُ حَرَامٌ، وَاليَمِينُ قَدْ تُعْقَدُ للمَنْعِ مِنْ الحَرَامِ) وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهَا مَعْنَى العِبَادَة فَلا يُنَاطُ وُجُوبُهَا بِمَا هُوَ حَرَامٌ مَحْضٌ، وَأَكْلُ لَحْمِ الخِنْزِير وَالإِنْسَانِ حَرَامٌ مَحْضٌ فَكَيْفَ يَتَعلقُ وُجُوبُهَا بِه؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذه مُغَالطَةٌ لأَنَّ الكَفَّارَةَ تَجبُ بَعْدَ يَمينٍ نُقضَتْ بالحِنْث وَقَدْ وُجِدَتْ، وَكَوْنُ الحِنْث بِأَمْرٍ مُبَاحٍ أَوْ حَرَامٍ لا مَدْخَل لهُ فِي ذَلكَ أَشَارَ إلى هَذَا قَوْلُهُ وَاليَمِينُ قَدْ تُعْقَدُ للمَنْع مِنْ الحَرَامِ. قَوْلُهُ (وَكَذَا إِذَا أَكَل كَبدًا) ظَاهِرٌ.

(وَلوْ حَلفَ لا يَأْكُلُ أَوْ لا يَشْتَرِي شَحْمًا لَمْ يَحْنَثْ إلا فِي شَحْمِ البَطْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: يَحْنَثُ فِي شَحْمِ الظَّهْرِ أَيْضًا) وَهُوَ اللحْمُ السَّمِينُ لوُجُود خَاصِّيَّة الشَّحْمِ فِيهِ وَهُوَ الذَّوْبُ بالنَّار. وَلهُ أَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقَةً؛ أَلا تَرَاهُ أَنَّهُ يَنْشَأُ مِنْ الدَّمِ وَيُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالهُ وَتَحْصُلُ بِه قُوَّتُهُ وَلهَذَا يَحْنَثُ بِأَكْلِه فِي اليَمِينِ عَلى أَكْل اللحْمِ، وَلا يَحْنَثُ بِبَيْعِهِ فِي اليَمِينِ عَلى بَيْعِ الشَّحْمِ، وَقِيل هَذَا بالعَرَبِيَّة، فَأَمَّا اسْمُ بِيه بالفَارِسِيَّة لا يَقَعُ عَلى شَحْمِ الظَّهْرِ بِحَالٍ.

(وَلوْ حَلفَ لا يَشْتَرِي أَوْ لا يَأْكُلُ لَحْمًا أَوْ شَحْمًا فَاشْتَرَى أَلْيَةً أَوْ أَكَلهَا لَمْ يَحْنَثْ) لأَنَّهُ نَوْعٌ ثَالثٌ حَتَّى لا يُسْتَعْمَل اسْتِعْمَال اللُّحُومِ وَالشُّحُومِ.

(وَمَن حَلفَ لا يَأكُلُ مِن هَذِهِ الحِنطَةِ لم يَحنَث حَتَّى يَقضِمَهَا، وَلو أَكَل مِن

خُبزِهَا لم يَحنَث عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: إن أَكَل مِن خُبزِهَا حَنِث أَيضًا) لأَنَّهُ مَفهُومٌ مِنهُ عُرفًا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لهُ حَقِيقَةً مُستَعمَلَةً فَإِنَّهَا تُقلى وَتُغلى وَتُؤكَلُ قَضمًا وَهِيَ قَاضِيَةٌ عَلى المَجَازِ المُتَعَارَفِ عَلى مَا هُوَ الأَصلُ عِندَهُ. وَلو قَضَمَهَا حَنِثَ عِندَهُمَا هُوَ الصَّحِيحُ لِعُمُومِ المَجَازِ، كَمَا إِذَا حَلَفَ لا يَضَعُ قَدَمَهُ فِي دَارِ فُلانٍ. وَإِليهِ الإِشَارَةُ بِقَولِهِ فِي الخُبزِ حَنِثَ أَيضًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ **حَلَفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هَذِه الحِنْطَة** لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْضِمَهَا) وَالقَضْمُ: الأَكْلُ بِأَطْرَاف الأَسْنَان مِنْ بَابِ لبِسَ، وَإِنَّمَا وَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي الحِنْطَة المُعَيَّنَة لأَنَّهُ إذَا عَقَدَ يَمِينَهُ عَلى أَكْل حِنْطَةٍ لا بِعَيْنِهَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الجَوَابُ عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَة كَالجَوَاب عِنْدَهُمَا. قَال فِي النِّهَايَة: هَكَذَا ذَكَرَ شَيْخُ الإِسْلامِ فِي أَيْمَان الأَصْل وَهَذِه المَسْأَلَةُ عَلى أَوْجُه: أَحَدهَا أَنْ لا يَأْكُل حَبًّا كَمَا هِيَ فَأَكَل مِنْ خُبْزِهَا أَوْ سَوِيقِهَا لا يَحْنَثُ بِالاتِّفَاق لأَنَّهُ أَرَادَ حَقِيقَةَ كَلامه فَيَتَقَيَّدُ اليَمِينُ بِهَا. وَالثَّانِي أَنْ يَنْوِيَ أَنْ لا يَأْكُل مَا يُتَّخَذُ مِنْهَا لا يَحْنَثُ بِأَكْل عَيْنِهَا كَذَلِكَ. وَالثَّالث أَنْ لا يَكُونَ لهُ نِيَّةٌ فَأَكَل مِنْ خُبْزِهَا لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لهُمَا. وَالوَجْهُ مِنْ الجَانِبَيْنِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب. وَمَبْنَاهُ عَلى أَنَّ الحَقِيقَةَ المُسْتَعْمَلةَ عِنْدَهُ أَوْلى مِنْ المَجَازِ المُتَعَارَفِ وَعِنْدَهُمَا بِالعَكْسِ وَمَوْضِعُهُ أُصُولُ الفِقْه.

(وَلو حَلفَ لا يَأكُلُ مِن هَذَا الدَّقِيقِ فَأَكَل مِن خُبزِهِ حَنِثَ) لأَنَّ عَينَهُ غَيرُ مَأكُولٍ فَانصَرَفَ إِلى مَا يُتَّخَذُ مِنهُ (وَلو استَفَّهُ كَمَا هُوَ لا يَحنَثُ) هُوَ الصَّحِيحُ لِتَعَيُّنِ المَجَازِ مُرَادًا.

الشرح:

(وَلوْ حَلفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الدَّقِيقِ فَأَكَل مِنْ خُبْزِه حَنِثَ) بِالاتِّفَاق (لأَنَّ عَيْنَهُ غَيْرُ مَأْكُولٍ) فَكَانَتْ الحَقِيقَةُ مُتَعَذِّرَةً فَيُصَارُ إلى المَجَازِ وَهُوَ مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ (وَلوْ اسْتَفَّهُ) أَيْ أَكَلهُ مِنْ غَيْرِ مَضْغٍ (لا يَحْنَثُ هُوَ الصَّحِيحُ) وَإِنَّمَا قَال هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازًا عَنْ قَوْل بَعْضِ مَشَايِخنَا أَنَّهُ يَحْنَثُ لأَنَّهُ أَكَل الدَّقِيقَ حَقِيقَةً، وَالعُرْفُ وَإِنْ اُعْتُبِرَ فَالحَقِيقَةُ لا تَسْقُطُ بِه، وَهَذَا لأَنَّ عَيْنَ الدَّقِيقِ مَأْكُولٌ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا يَحْنَثُ لأَنَّ هَذه الحَقِيقَة

مَهْجُورَةٌ، وَلَمَّا انْصَرَفَتْ اليَمِينُ إلى مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ للعُرْف سَقَطَ اعْتِبَارُ الحَقِيقَة، كَمَنْ **قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ إنْ نَكَحْتُك فَعَبْدِي حُرٌّ** فَزَنَى بِهَا لَمْ يَحْنَثْ لأَنَّ يَمِينَهُ لَمَّا انْصَرَفَ إلى العَقْدِ لَمْ يَتَنَاوَل حَقِيقَةَ الوَطْءِ.

(وَلو حَلَفَ لا يَأكُلُ خُبزًا فَيَمِينُهُ عَلى مَا يُعتَادُ أَهلُ المِصرِ أَكلهُ خُبزًا) وَذَلكَ خُبزُ الحِنطَةِ وَالشَّعِيرِ لأَنَّهُ هُوَ المُعتَادُ فِي غَالِبِ البُلدَانِ (وَلو أَكَل مِن خُبزِ القَطَائِفِ لا يَحنَثُ) لأَنَّهُ لا يُسَمَّى خُبزًا مُطلقًا إلا إذَا نَوَاهُ لأَنَّهُ مُحتَمَلُ كَلامِهِ (وَكَذَا لو أَكَل خُبزَ الأُرزِ بِالعِرَاقِ لم يَحنَث) لأَنَّهُ غَيرُ مُعتَادٍ عِندَهُم حَتَّى لو كَانَ بِطَبَرِستَانَ أَو فِي بَلدَةٍ طَعَامُهُم ذَلكَ يَحنَثُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلفَ **لا يَأْكُلُ خُبْزًا**) عَلى مَا ذَكَرَهُ ظَاهِرٌ. وَطَبَرِسْتَانُ هِيَ آمُلُ وَوِلايَتُهَا، وَقِيل أَصْلُهَا تَبَرِسْتَانُ لأَنَّ أَهْلهَا يُحَارِبُونَ بِالتَّبْرِ وَهُوَ الفَاسُ فَعَرَّبُوهُ إلى طَبَرِسْتَانَ.

(وَلو حَلَفَ لا يَأكُلُ الشِّوَاءَ فَهُوَ عَلَى اللحمِ دُونَ البَاذِنجَانِ وَالجَزَرِ) لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ اللحمُ المَشوِيُّ عِندَ الإِطلاقِ إلا أَن يَنوِيَ مَا يُشوَى مِن بِيضٍ أَو غَيرِهِ لِمَكَانِ الحَقِيقَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ حَلفَ لا **يَأْكُلُ** الشِّوَاءَ) ظَاهِرٌ.

(وَإِن حَلَفَ لا يَأكُلُ الطَّبِيخَ فَهُوَ عَلَى مَا يُطبَخُ مِن اللحمِ) وَهَذَا استِحسَانٌ اعتِبَارًا للعُرفِ، وَهَذَا لأَنَّ التَّعمِيمَ مُتَعَذِّرٌ فَيُصرَفُ إلى خَاصٍّ هُوَ مُتَعَارَفٌ وَهُوَ اللحمُ المَطبُوخُ بِالمَاءِ إلا إذَا نَوَى غَيرَ ذَلكَ لأَنَّ فِيهِ تَشدِيدًا، وَإِن أَكَل مِن مَرَقِهِ يَحنَث لِمَا فِيهِ مِن أَجزَاءِ اللحمِ وَلأَنَّهُ يُسَمَّى طَبِيخًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لأَنَّ التَّعْمِيمَ مُتَعَذِّرٌ) لأَنَّ الدَّوَاءَ المُسْهِل مَطْبُوخٌ وَنَحْنُ نَعْلمُ بِيَقِينٍ أَنَّهُ لمْ يُرِدْ ذَلكَ (فَيُصْرَفُ إلى خَاصٍّ هُوَ مُتَعَارَفٌ وَهُوَ **اللحْمُ المَطْبُوخُ** بِالمَاءِ) قَالُوا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ بِالمَاءِ لأَنَّ القَلِيلةَ اليَابِسَةَ فَلا تُسَمَّى مَطْبُوخًا فَلا يَحْنَثُ بِأَكْلهَا.

(وَمَن حَلفَ لا يَأكُلُ الرُّءُوسَ فَيَمِينُهُ عَلى مَا يُكبَسُ فِي التَّنَانِيرِ وَيُبَاعُ فِي المِصرِ)

وَيُقَالُ يُكنَسُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لو حَلفَ لا يَأكُلُ رَأسًا فَهُوَ عَلى رُءُوسِ البَقَرِ وَالغَنَمِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ عَلى الغَنَمِ خَاصَّةً، وَهَذَا اختِلافُ عَصرٍ وَزَمَانٍ كَانَ العُرفُ فِي زَمَنِهِ فِيهِمَا وَفِي زَمَنِهِمَا فِي الغَنَمِ خَاصَّةً وَفِي زَمَانِنَا يُفتَى عَلى حَسَبِ العَادَةِ كَمَا هُوَ المَذكُورُ فِي المُختَصَرِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلفَ لا يَأْكُلُ الرُّءُوسَ فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ) أَيْ يُطَمُّ بِهِ التَّنُّورُ: يَعْنِي يَدْخُلُ فِيهِ مِنْ كَبَسَ الرَّجُلُ رَأْسَهُ فِي جَيْبِ قَمِيصِهِ إِذَا أَدْخَلَهُ فِيهِ (وَيُبَاعُ فِي المِصْرِ) لأَنَّ رَأْسَ الجَرَادِ رَأْسٌ حَقِيقَةً وَلَيْسَ بِمُرَادٍ فَيُصْرَفُ إِلى المَجَازِ المُتَعَارَفِ، وَفَسَّرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ. وَاعْتُرِضَ عَلى هَذَا بِأَنَّ لَحْمَ الخِنْزِيرِ وَالإِنْسَانِ لا يُبَاعُ فِي الأَسْوَاقِ وَمَعَ ذَلِكَ يَحْنَثُ بِالأَكْلِ إِذَا **حَلفَ لا يَأْكُلُ لَحْمًا**، وَأُجِيبَ بِمَا حَاصِلُهُ الفَرْقُ بِأَنَّ الرَّأْسَ غَيْرُ مَأْكُولٍ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ لأَنَّ مِنْهَا العَظْمَ فَكَانَتْ الحَقِيقَةُ مُتَعَذِّرَةً فَيُصَارُ إِلى المَجَازِ المُتَعَارَفِ وَهُوَ مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ وَيُبَاعُ فِي الأَسْوَاقِ، وَأَمَّا اللحْمُ فَيُؤْكَلُ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ فَكَانَتْ الحَقِيقَةُ مُمْكِنَةً فَلا تُتْرَكُ فَيَحْنَثُ بِأَكْلِ لَحْمِ الإِنْسَانِ وَالخِنْزِيرِ.

فَإِنْ قُلت: الحَقِيقَةُ إِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَعَذِّرَةً فَهِيَ مَهْجُورَةٌ شَرْعًا، وَالمَهْجُورُ شَرْعًا كَالمَهْجُورِ عَادَةً، وَفِي المَهْجُورِ شَرْعًا يُصَارُ إِلى المَجَازِ كَمَا فِي المَهْجُورِ عَادَةً.

قُلت: المَهْجُورُ شَرْعًا هُوَ الذي لا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْ أَفْرَادِهِ مَعْمُولا بِهِ **كَالحَلفِ عَلى تَرْكِ كَلامِ الصَّبِيِّ** وَهُنَا لَيسَ كَذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: سَلمْنَا ذَلكَ لكِنْ لا يَطَّرِدُ فِي الشِّرَاءِ فَإِنَّ الرَّأْسَ يُشْتَرَى بِجَمِيعِ أَجْزَائِهِ فَلمْ تَكُنْ الحَقِيقَةُ مُتَعَذِّرَةً. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مِنْ الرُّءُوسِ مَا لا يَجُوزُ إِضَافَةُ الشِّرَاءِ إِليْهِ كَرَأْسِ النَّمْلِ وَالذُّبَابِ وَالآدَمِيِّ فَكَانَتْ مُتَعَذِّرَةً.

(وَمَن حَلفَ لا يَأكُلُ فَاكِهَةً فَأَكَل عِنَبًا أَو رُمَّانًا أَو رُطَبًا أَو قِثَّاءً أَو خِيَارًا لم يَحنَث، وَإِن أَكَل تُفَّاحًا أَو بِطِّيخًا أَو مِشمِشًا حَنِث، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: حَنِثَ فِي العِنَبِ وَالرُّطَبِ وَالرُّمَّانِ أَيضًا) وَالأَصلُ أَنَّ الفَاكِهَةَ اسمٌ لِمَا يُتَفَكَّهُ بِهِ قَبل الطَّعَامِ وَبَعدَهُ: أَي يُتَنَعَّمُ بِهِ زِيَادَةً عَلى المُعتَادِ، وَالرُّطَبُ وَاليَابِسُ فِيهِ سَوَاءٌ بَعدَ أَن يَكُونَ التَّفَكُّهُ بِهِ مُعتَادًا حَتَّى لا يَحنَثَ بِيَابِسِ البطيخ، وَهَذَا المَعنَى مَوجُودٌ فِي

التُّفَّاحِ وَأَخَوَاتِهِ فَيَحنَثُ بِهَا وَغَيرُ مَوجُودٍ فِي القِثَّاءِ وَالخِيَارِ لأَنَّهُمَا مِن البُقُول بَيعًا وَأَكلا فَلا يَحنَثُ بِهِمَا. وَأَمَّا العِنَبُ وَالرُّطَبُ وَالرُّمَّانُ فَهُمَا يَقُولانِ إنَّ مَعنَى التَّفَكُّهِ مَوجُودٌ فِيهَا فَإِنَّهَا أَعَزُّ الفَوَاكِهِ وَالتَّنَعُّمُ بِهَا يَفُوقُ التَّنَعُّمَ بِغَيرِهَا، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: إنَّ هَذِهِ الأَشيَاءَ مِمَّا يُتَغَذَّى بِهَا وَيُتَدَاوَى بِهَا فَأَوجَبَ قُصُورًا فِي مَعنَى التَّفَكُّهِ للاستِعمَالِ فِي حَاجَةِ البَقَاءِ وَلِهَذَا كَانَ اليَابِسُ مِنهَا مِن التَّوَابِلِ أَو مِن الأَقوَاتِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلفَ لا يَأْكُلُ فَاكِهَةً فَأَكَل عِنَبًا أَوْ رُمَّانًا أَوْ رُطَبًا أَوْ قِثَّاءً أَوْ خِيَارًا لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ أَكَل تُفَّاحًا أَوْ بِطِّيخًا أَوْ مِشْمِشًا حَنِثَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَحْنَثُ فِي العِنَبِ وَالرُّطَبِ وَالرُّمَّان أَيْضًا) يَعْنِي لا فِي القِثَّاءِ وَالخِيَارِ وَكَانَتْ المَسْأَلةُ عَلى ثَلاثَةِ أَوْجُه: فِي وَجْه يَحْنَثُ بالاتِّفَاقِ، وَهُوَ أَنْ يَقَعَ يَمِينُهُ عَلى ثَمَرِ كُل شَجَرٍ سِوَى العِنَبِ وَالرُّطَب وَالرُّمَّان، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الرَّطْبُ وَاليَابِسُ. وَفِي وَجْهٍ لا يَحْنَثُ بِالاتِّفَاقِ، وَهُوَ أَنْ يَأْكُل الخِيَارَ وَالقِثَّاءَ لأَنَّهُ يُؤْكَلُ مَعَ البُقُول.

وَفِي وَجْه اخْتَلفُوا فِيهِ وَهُوَ العِنَبُ وَالرُّطَبُ وَالرُّمَّانُ إذَا لمْ تَكُنْ لهُ نِيَّةٌ، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ إلا مَا نَذْكُرُهُ، فَقَوْلُهُ زِيَادَةٌ عَلى المُعْتَاد: أَيْ عَلى الغَذَاءِ الأَصْليِّ حَتَّى تُسَمَّى الثَّارُ فَاكِهَةً وَالمِزَاحُ فَاكِهَةً لوُجُود زِيَادَة التَّنَعُّمِ فِيهَا.

وَقَوْلُهُ (وَالرَّطْبُ وَاليَابِسُ فِيه سَوَاءٌ) يَعْنِي أَنَّ مَا كَانَ فَاكِهَةً لا فَرْقَ فِيه بَيْنَ رَطْبِه وَيَابِسه، وَيَابِسُ هَذِهِ الأَشْيَاء لا يُعَدُّ فَاكِهَةً فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ رَطْبُهَا كَذَلكَ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُمَا مِنْ البُقُول بَيْعًا) فَإِنَّ بَائِعَ البُقُول هُوَ الذِي يَبِيعُهَا لا غَيْرُ، وَأَمَّا أَكْلا فَإِنَّهُمَا يُوضَعَانِ عَلى المَوَائِد حَيْثُ يُوضَعُ النَّعْنَاعُ وَالبَصَلُ.

وَقَوْلُهُ (إنَّ هَذِه الأَشْيَاءَ مِمَّا يُتَغَذَّى بِهَا) يَعْنِي العِنَبَ وَالرُّطَبَ (وَيُتَدَاوَى بِهَا) يَعْنِي الرُّمَّانَ (وَلِهَذَا كَانَ اليَابِسُ مِنْهَا مِنْ التَّوَابل) كَيَابِسِ الرُّمَّان (أَوْ مِنْ الأَقْوَات) كَيَابِسِ العِنَب، فَالتَّوَابلُ جَمْعُ التَّابَل بِفَتْحِ البَاءِ وَكَسْرِهَا، وَالأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ اللفْظَ إذَا أُطْلقَ عَلى أَفْرَادٍ فِي بَعْضِهَا دَلالةٌ عَلى زِيَادَةِ مَعْنًى ليْسَ فِي مَفْهُومِ اشْتِقَاقِه لمْ يَتَنَاوَلهُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي صُورَةِ النُّقْصَانِ فِي اللحْمِ.

(وَلو حَلفَ لا يَأتَدِمُ فَكُلُّ شَيءٍ اُصطُبِغَ بِهِ فَهُوَ إدَامٌ وَالشِّوَاءُ ليسَ بِإِدَامٍ وَالمِلحُ إدَامٌ،

وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كُلُّ مَا يُؤكَلُ مَعَ الخُبزِ غَالبًا فَهُوَ إدَامٌ) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ لأَنَّ الإِدَامَ مِن المُوَادَمَةِ وَهِيَ المُوَافَقَةُ وَكُلُّ مَا يُؤكَلُ مَعَ الخُبزِ مُوَافِقٌ لهُ كَاللحمِ وَالبِيضِ وَنَحوِهِ. وَلهُمَا أَنَّ الإِدَامَ مَا يُؤكَلُ تَبعًا، وَالتَّبَعِيَّةُ فِي الاختِلاطِ حَقِيقَةً ليَكُونَ قَائِمًا بِهِ، وَفِي أَلا يُؤكَل عَلى الانفِرَادِ حُكمًا، وَتَمَامُ المُوَافَقَةِ فِي الامتِزَاجِ أَيضًا، وَالخَلُّ وَغَيرُهُ مِن المَائِعَاتِ لا يُؤكَلُ وَحدَهُ بَل يُشرَبُ، وَالمِلحُ لا يُؤكَلُ بِانفِرَادِهِ عَادَةً وَلأَنَّهُ يَذُوبُ فَيَكُونُ تَبعًا، بِخِلافِ اللحمِ وَمَا يُضَاهِيهِ لأَنَّهُ يُؤكَلُ وَحدَهُ إلا أَن يَنوِيَهُ لمَا فِيهِ مِن التَّشدِيدِ، وَالعِنَبُ وَالبِطِّيخُ ليسَا بِإِدَامٍ هُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

قَال (وَلوْ حَلفَ لا يَأْتَدمُ فَكُلُّ شَيْءٍ اُصْطُبِغَ بِه) اصْطَبَغَ عَلى بِنَاءِ المَفْعُول كَذَا كَانَ مُقَيَّدًا بِخَطِّ الثِّقَاتِ وَهُوَ اُفْتُعِل مِنْ الصَّبْغ، وَيُقَالُ اُصْطُبِغَ بِالخَل وَفِي الخَل وَلا يُقَالُ اصْطَبَغَ الخُبْزُ بِالخَل (وَلوْ **حَلفَ لا يَأْتَدِمُ) أَيْ لا يَأْكُل إدَامًا** (فَكُلُّ شَيْءٍ اُصْطُبِغَ بِه فَهُوَ إدَامٌ) وَلا يَنْعَكِسُ فَالخَلُّ وَالزَّيْتُ وَاللبَنُ وَالملحُ وَالزُّبْدُ إدَامٌ، وَالشِّوَاءُ ليْس بِإِدَامٍ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ) فِي رِوَايَةِ الأَصْل (وَقَال مُحَمَّدٌ: مَا يُؤْكَلُ مَعَ الخُبْزِ غَالبًا فَهُوَ إدَامٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ).

وَحَاصِلُ ذَلكَ عَلى ثَلاثَة أَوْجُه: مَا يُصْطَبَغُ بِه فَهُوَ إدَامٌ بِالاتِّفَاق، وَالبِطِّيخُ وَالعِنَبُ وَالتَّمْرُ وَأَمْثَالُهَا مِمَّا يُؤْكَلُ وَحْدَهُ غَالبًا ليْسَ بِإِدَامٍ بِالاتِّفَاق. وَفِي البَيْضِ وَاللحْمِ وَالجُبْنِ اخْتِلافٌ، جَعَلهَا مُحَمَّدٌ إدَامًا خِلافًا لهُمَا. لمُحَمَّد أَنَّ الإِدَامَ مِنْ المُؤَادَمَة وَهِيَ المُوَافَقَةُ وَكُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الخُبْزِ مُوَافِقٌ لهُ كَاللحْمِ وَالبَيْضِ وَنَحْوِه. وَلهُمَا أَنَّ الإِدَامَ مَا يُؤْكَلُ تَبَعًا فِي العُرْف وَالعَادَة. وَالتَّبَعِيَّةُ عَلى نَوْعَيْنِ: حَقِيقِيَّة وَذَلكَ فِي الاخْتِلاط لتَكُونَ قَائِمَةً بِه. وَحُكْمِيَّة وَهِيَ أَنْ لا تُؤْكَل عَلى الانْفِرَاد، وَاللحْمُ لا يَخْتَلطُ فَلا يَكُونُ تَبَعًا حَقِيقَةً وَيُؤْكَلُ مُنْفَرِدًا فَلا يَكُونُ تَبَعًا حُكْمًا فَلا يَكُونُ إدَامًا. وَقَوْلُهُ (وَتَمَامُ المُوَافَقَة بِالامْتِزَاجِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله لأَنَّ الإِدَامَ مِنْ المُؤَادَمَة: يَعْنِي سَلمْنَاهُ وَلكِنْ المُؤَادَمَةُ التَّامَّةُ الكَاملةُ فِي الامْتِزَاجِ أَيْضًا وَلمْ تُوجَدْ فِي هَذه الأَشْيَاء إلا أَنْ يَنْوِيَهُ لمَا فِيه مِنْ التَّشْدِيد، بِخِلاف الخَل وَغَيْره مِنْ المَائعَات فَإِنَّهَا لا تُؤْكَلُ وَحْدَهَا بَل تُشْرَبُ وَالملحُ لا يُؤْكَلُ وَحْدَهُ وَيَذُوبُ فَيَتْبَعُ فَكَانَ إدَامًا (وَالعِنَبُ وَالبِطِّيخُ ليْسَا بِإِدَامٍ) يَعْنِي بِالاتِّفَاق لمَا ذَكَرْنَا

(هُوَ الصَّحِيحُ) كَذَا ذَكَرَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ. وَقَال بَعْضُ مَشَايِخِنَا: إِنَّهُ عَلى هَذَا الاخْتِلاف.

(وَإِذَا حَلفَ لا يَتَغَدَّى فَالغَدَاءُ الأَكلُ مِن طُلُوعِ الفَجرِ إلى الظُّهرِ وَالعَشَاءُ مِن صَلاةِ الظُّهرِ إلى نِصفِ الليل) لأَنَّ مَا بَعدَ الزَّوَال يُسَمَّى عِشَاءً وَلِهَذَا تُسَمَّى الظُّهرُ إحدَى صَلاتَي العِشَاءِ فِي الحَدِيثِ (وَالسُّحُورُ مِن نِصفِ الليل إلى طُلُوعِ الفَجرِ) لأَنَّهُ مَأخُوذٌ مِن السَّحَرِ وَيُطلقُ عَلى مَا يَقرُبُ مِنهُ. ثُمَّ الغَدَاءُ وَالعَشَاءُ مَا يُقصَدُ بِهِ الشِّبَعُ عَادَةً وَتُعتَبَرُ عَادَةُ أَهل كُل بَلدَةٍ فِي حَقِّهِم، وَيُشتَرَطُ أَن يَكُونَ أَكثَرَ مِن نِصفِ الشِّبَعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا حَلفَ **لا يَتَغَدَّى** فَالغَدَاءُ الأَكْلُ مِنْ طُلُوعِ الفَجْرِ إلى الظُّهْرِ) قَال فِي النِّهَايَةِ: هَذَا تَوَسُّعٌ فِي العِبَارَةِ، وَمَعْنَاهُ أَكْلُ الغَدَاءِ وَالعِشَاءِ وَالسُّحُورِ عَلى حَذْفِ الْمُضَافِ، وَذَلِكَ لأَنَّ الغَدَاءَ اسْمٌ لِطَعَامِ الغَدَاةِ لا اسْمُ أَكْلٍ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا تُسَمَّى الظُّهْرُ إحْدَى صَلاتَيْ العِشَاءِ فِي الحَدِيثِ) ذَكَرَ فِي الإِيضَاحِ فِي بَابِ الحَلفِ عَلى الغَدَاءِ فَقَال فَإِنَّهُ وَرَدَ فِي الحَدِيثِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إحْدَى صَلاتَيْ العِشَاءِ رَكْعَتَيْنِ» يُرِيدُ بِهِ الرَّاوِي الظُّهْرَ أَوْ العَصْرَ. وَقَوْلُهُ (وَتُعْتَبَرُ عَادَةُ أَهْل كُل بَلدٍ فِي حَقِّهِمْ) يَعْنِي إنْ كَانَتْ خُبْزًا فَخُبْزٌ، وَإِنْ كَانَتْ لَحْمًا فَلحْمٌ، حَتَّى أَنَّ الحَضَرِيَّ إذَا **حَلفَ عَلى تَرْكِ الغَدَاءِ فَشَرِبَ اللبَنَ** لَمْ يَحْنَثْ، وَالبَدَوِيُّ بِخِلافِهِ، لأَنَّهُ غِذَاءٌ فِي البَادِيَةِ. وَقَوْلُهُ (وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الشِّبَعِ) رَوَاهُ الْمُعَلى عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ صَحِيحٌ لأَنَّ مَنْ أَكَل لُقْمَةً أَوْ لُقْمَتَيْنِ يَصِحُّ أَنْ يَقُول مَا تَغَدَّيْت وَمَا تَعَشَّيْت.

(وَمَن قَال إن لبِست أَو أَكَلت أَو شَرِبت فَعَبدِي حُرٌّ، وَقَال عَنَيت شَيئًا دُونَ شَيءٍ لم يُدَن فِي القَضَاءِ وَغَيرِهِ) لأَنَّ النِّيَّةَ إنَّمَا تَصِحُّ فِي الملفُوظِ وَالثَّوبُ وَمَا يُضَاهِيهِ غَيرُ مَذكُورٍ تَنصِيصًا وَالْمُقتَضَى لا عُمُومَ لهُ فَلغَت نِيَّةُ التَّخصِيصِ فِيهِ (وَإِن قَال إن لبِست ثَوبًا أَو أَكَلت طَعَامًا أَو شَرِبت شَرَابًا لم يُدَن فِي القَضَاءِ خَاصَّةً) لأَنَّهُ نَكِرَةٌ فِي مَحَل الشَّرطِ فَتَعُمُّ فَعُمِلت نِيَّةُ التَّخصِيصِ فِيهِ إلا أَنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ فَلا يَدِينُ فِي القَضَاءِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَال إنْ أَكَلت أَوْ شَرِبْت أَوْ لبِسْت فَعَبْدِي حُرٌّ وَقَال عَنَيْت شَيْئًا دُونَ

شَيْءٍ لَمْ يُصْدَقْ قَضَاءً) وَلا دِيَانَةً (لأَنَّ النِّيَّةَ إِنَّمَا تَصِحُّ فِي المَلْفُوظِ) لأَنَّهَا لِتَعْيِينِ بَعْضِ مُحْتَمَلاتِ اللفْظِ (وَالثَّوْبُ وَمَا يُضَاهِيهِ غَيْرُ مَلْفُوظٍ) فَلا تَصِحُّ نِيَّتُهُ. فَإِنْ قِيلَ: هَبْ أَنَّهُ غَيْرُ مَلْفُوظٍ تَنْصِيصًا أَلَيْسَ أَنَّهُ ثَابِتٌ مُقْتَضًى وَالمُقْتَضَى كَالمَلْفُوظِ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالمُقْتَضَى لا عُمُومَ لَهُ فَلَغَتْ نِيَّةُ التَّخْصِيصِ فِيهِ).

فَإِنْ قِيلَ: المُقْتَضَى أَمْرٌ شَرْعِيٌّ وَافْتِقَارُ الأَكْلِ إِلَى الطَّعَامِ لَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّهُ يَعْرِفُهُ مَنْ لَمْ يَعْرِفْ الشَّرْعَ. قُلنَا: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُصَنِّفُ اخْتَارَ مَا اخْتَارَهُ بَعْضُ المُحَقِّقِينَ مِنْ أَنَّ المُقْتَضَى هُوَ الذي لا يَدُلُّ عَلَيْهِ اللفْظُ وَلا يَكُونُ مَنْطُوقًا بِهِ، لكِنْ يَكُونُ مِنْ ضَرُورَةِ اللفْظِ أَعَمُّ مِنْ أَنْ يَكُونَ شَرْعِيًّا أَوْ عَقْلِيًّا. فَإِنْ قِيلَ: سَلمْنَا ذَلكَ لكِنْ مَا الفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا إِذَا **قَال إِنْ خَرَجْت فَعَبْدِي حُرٌّ وَنَوَى السَّفَرَ** فَإِنَّهُ يُصْدُقُ دِيَانَةً مَعَ أَنَّ السَّفَرَ أَوْ الخُرُوجَ غَيْرُ مَذْكُورٍ لفْظًا وَبَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا **حَلفَ لا يُسَاكِنُ فُلانًا وَنَوَى بِهِ أَنْ لا يُسَاكِنَهُ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ** فَإِنَّ النِّيَّةَ صَحِيحَةٌ مَعَ أَنَّ المَسْكَنَ غَيْرُ مَذْكُورٍ لفْظًا، حَتَّى لوْ سَكَنَ مَعَهُ فِي الدَّارِ لا يَحْنَثُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الأُولى مَمْنُوعَةٌ مَنَعَهَا القُضَاةُ الأَرْبَعُ أَبُو هُشَيْمٍ وَأَبُو خَازِمٍ وَأَبُو طَاهِرٍ الدَّبَّاسُ وَالقَاضِي القُمِّيُّ.

وَلئِنْ سَلمَ فَقَوْلُهُ إِنْ خَرَجْت وَلا يُسَاكِنُ فِعْلانِ يَدُلانِ عَلى المَصْدَرِ لُغَةً، وَقَدْ وَقَعَ الثَّانِي فِي صَرِيحِ النَّفْيِ وَالأَوَّلُ فِي مَعْنَاهُ فَتَنَاوَلا بِعُمُومِهِمَا الخُرُوجَ فِي السَّفَرِ وَالسَّكَنَ فَجَازَ تَخْصِيصُهُمَا إِلا أَنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ فَلا يَدِينُ فِي القَضَاءِ.

(وَمَن حَلفَ لا يَشرَبُ مِن دِجلةَ فَشَرِبَ مِنهَا بِإِنَاءٍ لم يَحنَث) حَتَّى يَكرَعَ مِنهَا كَرعًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: إذَا شَرِبَ مِنهَا بِإِنَاءٍ يَحنَثُ لأَنَّهُ مُتَعَارَفُ المَفهُومِ. وَلهُ أَنَّ كَلمَةَ مِن للتَّبعِيضِ وَحَقِيقَتُهُ فِي الكَرعِ وَهِيَ مُستَعمَلَةٌ، وَلهَذَا يَحنَثُ بِالكَرعِ إجمَاعًا فَمُنِعَت المَصِيرَ إلى المَجَازِ وَإِن كَانَ مُتَعَارَفًا.

الشرح:

وَمَنْ **حَلفَ لا يَشْرَبُ مِنْ دِجْلةَ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاء** لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَكْرَعَ مِنْهَا كَرْعًا) أَيْ حَتَّى يَضَعَ فَاهُ عَلى دِجْلةَ بِعَيْنِهَا وَيَشْرَبَ يُقَالُ كَرَعَ فِي المَاءِ إِذَا مَدَّ عُنُقَهُ نَحْوَهُ لِيَشْرَبَ مِنْهُ وَمِنْهُ كَرِهَ عِكْرِمَةُ الكَرْعَ فِي النَّهْرِ لأَنَّهُ فِعْلُ البَهِيمَةِ تُدْخِلُ فِيهِ أَكَارِعَهَا، وَالكُرَاعُ مُسْتَدَقُّ السَّاقِ، وَهَذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالا: إِذَا شَرِبَ

منْهَا بِإِنَاءِ حَنِثَ) وَمَبْنَاهُ عَلى أَنَّ الحَقِيقَةَ المُسْتَعْمَلَةَ أَوْلى منْ المَجَازِ المُتَعَارَفِ عنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا بالعَكْسِ، أَمَّا كَوْنُ المَجَازِ مُتَعَارَفًا فظَاهِرٌ، فَإِنَّ المَفْهُومَ منْ قَوْلِهِمْ أَهْلُ فُلان يَشْرَبُونَ منْ دجْلَةَ أَنَّهُمْ يَشْرَبُونَ منْ مَائِهَا، وَأَمَّا أَنَّ الحَقِيقَةَ مُسْتَعْمَلَةٌ فَلأَنَّ النَّاسَ يَكْرَعُونَ منْ الأَنْهَارِ وَالأَوْدِيَة، وَقَدْ قَال النَّبِيُّ ﷺ لقَوْمٍ نَزَل عنْدَهُمْ «هَل عِنْدَكُمْ مَاءٌ بَاتَ فِي شَنٍّ، وَإِلا كَرَعْنَا» وَلهَذَا إذَا كَرَعَ حَنِثَ بالإِجْمَاعِ. فَإِنْ قيل: لا نُسَلمُ أَنَّ الحِنْثَ فِي الكَرْعِ باعْتِبَارِ كَوْنِ الحَقِيقَة مُسْتَعْمَلَةً بَل باعْتِبَارِ العَمَل بعُمُومِ المَجَازِ كَمَا فِي قَوْله لا يَضَعُ قَدَمَهُ فِي دَارِ فُلان فَحِينَئذ يَجِبُ أَنْ يَحْنَثَ بالشُّرْبِ بالإِنَاءِ وَغَيْرِه لأَنَّ الحُكْمَ فِي عُمُومِ المَجَازِ كَذَلكَ. فَالجَوَابُ أَنَّ المَصِيرَ إلى عُمُومِ المَجَازِ إنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ تَعَذُّرِ الحَقِيقَةِ أَوْ هِجْرَانِهَا، وَقَدْ دَل الدَّليلُ عَلى كَوْنِهَا مُسْتَعْمَلَةً فَلا مَصِيرَ إليْه.

(وَإِن حَلفَ لا يَشرَبُ مِن مَاءِ دِجلةَ فَشَرِبَ مِنهَا بِإِنَاءِ حَنِث) لأَنَّهُ بَعدَ الاعتِرَافِ بَقِيَ مَنسُوبًا إليهِ وَهُوَ الشَّرطُ فَصَارَ كَمَا إذَا شَرِبَ مِن مَاءِ نَهرٍ يَأخُذُ مِن دِجلةَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ حَلفَ لا يَشْرَبُ منْ مَاءِ دِجْلَةَ) ظَاهِرٌ.

(مَن قَال إن لم أَشرَب المَاءَ الذِي فِي هَذَا الكُوزِ اليَومَ فَامرَأَتُهُ طَالقٌ وَليسَ فِي الكُوزِ مَاءٌ لم يَحنَث، فَإِن كَانَ فِيهِ مَاءٌ فَأهرِيقَ قَبل الليل لم يَحنَث، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَحنَثُ فِي ذَلكَ كُلهِ) يَعنِي إذَا مَضَى اليَومُ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ إذَا كَانَ اليَمِينُ بِاَللهِ تَعَالى. وَأَصلُهُ أَنَّ مِن شَرطِ انعِقَادِ اليَمِينِ وَبَقَائِهِ تَصَوُّرَ البِرِّ عِندَهُمَا خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ لأَنَّ اليَمِينَ إنَّمَا تُعقَدُ للبِرِّ فَلا بُدَّ مِن تَصَوُّرِ البِرِّ ليُمكِنَ إيجَابُهُ. وَلهُ أَنَّهُ أَمكَنَ القَولُ بِانعِقَادِهِ مُوجِبًا للبِرِّ عَلى وَجهٍ يَظهَرُ فِي حَقِّ الخُلفِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ. قُلنَا: لا بُدَّ مِن تَصَوُّرِ الأَصل ليَنعَقِدَ فِي حَقِّ الخُلفِ وَلهَذَا لا يَنعَقِدُ الغَمُوسُ مُوجِبًا للكَفَّارَةِ (وَلو كَانَت اليَمِينُ مُطلقَةً؛ فَفِي الوَجهِ الأَوَّل لا يَحنَثُ عِندَهُمَا، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ يَحنَثُ فِي الحَال، وَفِي الوَجهِ الثَّانِي يَحنَثُ فِي قَولهِم جَمِيعًا) فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ بَينَ المُطلقِ وَالمُوَقَّتِ.

وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ التَّوقِيتَ للتَّوسِعَةِ فَلا يَجِبُ الفِعلُ إلا فِي آخِرِ الوَقتِ فَلا يَحنَثُ قَبلهُ، وَفِي المُطلقِ يَجِبُ البِرُّ كَمَا فَرِغَ وَقَد عَجَزَ فَيَحنَثُ فِي الحَال وَهُمَا فَرَّقَا بَينَهُمَا.

وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ فِي المُطلقِ يَجِبُ البِرُّ كَمَا فُرِغَ، فَإِذَا فَاتَ البِرُّ بِفوَاتِ مَا عُقِدَ عَليهِ اليَمِينُ يَحنَثُ فِي يَمِينِهِ كَمَا إِذَا مَاتَ الحَالِفُ وَالمَاءُ بَاقٍ؛ أَمَّا فِي المُؤَقَّتِ فَيَجِبُ البِرُّ فِي الجُزءِ الأَخِيرِ مِن الوَقتِ وَعِندَ ذَلكَ لم تَبقَ مَحليَّةُ البِرِّ لعَدَمِ التَّصَوُّرِ فَلا يَجِبُ البِرُّ فِيهِ فَتَبطُلُ اليَمِينُ كَمَا إِذَا عَقَدَهُ ابتِدَاءً فِي هَذِهِ الحَالَةِ.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ قَال إنْ لَمْ أَشْرَبْ المَاءَ الذي فِي هَذَا الكُوزِ اليَوْمَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَلَيْسَ فِي الكُوزِ مَاءٌ لَمْ يَحْنَثْ) عَلمَ عَدَمَ المَاءِ فِي الكُوزِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ (فَإِنْ كَانَ فيه مَاءٌ فَأُهْرِيقَ قَبْل الليْل لَمْ يَحنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَحْنَثُ فِي ذَلكَ كُله) أيْ فِيمَا إذَا كَانَ فيه المَاءُ وَفِيمَا لَمْ يَكُنْ، وَمَا ذُكِرَ مِنْ الوَجْه للجَانبَيْنِ فَوَاضحٌ. وَاعْتُرِضَ عَلى وَجْهِهِمَا بِأَنَّ البِرَّ مُتَصَوَّرٌ فِي صُورَةِ الإِرَاقَة، لأَنَّ إعَادَةَ القَطَرَات المُهْرَاقَة مُمْكنَةٌ فَكَانَ مُتَصَوَّرًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ البِرَّ إِنَّمَا يَجِبُ فِي هَذه الصُّورَةِ فِي آخرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ اليَوْمِ بِحَيْثُ لا يَسَعُ فِيه غَيْرَهُ فَلا يُمْكنُ القَوْلُ فِيه بِإِعَادَة المَاءِ فِي الكُوزِ وَشُرْبه فِي ذَلكَ الزَّمَان.

وَقَوْلُهُ (وَلوْ كَانَتْ اليَمِينُ مُطْلقَةً) أَيْ عَنْ ذِكْرِ اليَوْمِ (فَفِي الوَجْه الأَوَّل) يَعْنِي فِيمَا إذَا لَمْ يَكُنْ فِي الكُوزِ مَاءٌ (لا يَحْنَثُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ يَحْنَثُ فِي الحَال. وَفِي الوَجْه الثَّانِي) وَهُوَ أَنْ يَكُونَ فِيه مَاءٌ فَأُهْرِيقَ (يَحْنَثُ فِي قَوْلهِمْ جَمِيعًا. فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ) فِي الوَجْه الأَوَّل وَهُوَ الذي لَمْ يَكُنْ فِي الكُوزِ مَاءٌ بَيْنَ المُطْلقِ عَنْ ذِكْرِ اليَوْمِ وَبَيْنَ المُؤَقَّت به، فَقَال فِي المُطْلقِ إِنَّهُ يَحْنَثُ فِي الحَال، وَفِي المُؤَقَّت حنْثُهُ إِلى آخرِ اليَوْمِ إِلى غَيْبُوبَة الشَّمْس. وَوَجْهُهُ مَا ذُكرَ أَنَّ التَّوْقِيتَ للتَّوْسِعَة فَلا يَجِبُ الفِعْلُ إلا فِي آخرِ الوَقْت فَلا يَحْنَثُ قَبْلهُ، وَهَذَا لأَنَّ اليَمِينَ مَتَى عُقِدَتْ عَلى فِعْلٍ لا يَمْتَدُّ مُؤَقَّتَةً بِوَقْتٍ مُمْتَدٍّ يَتَعَيَّنُ الجُزْءُ الأَخِيرُ للانْعِقَاد لأَنَّ الوَقْتَ ظَرْفٌ لهُ فَيَلزَمُ فِي جُزْءٍ مِنْهُ وَيَتَعَيَّنُ آخِرُهُ، وَفِي المُطْلقِ يَجِبُ البِرُّ كَمَا فَرَغَ وَقَدْ عَجزَ فَيَحْنَثُ فِي الحَال، كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ.

وَقَال فِي النِّهَايَة: فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ بَيْنَ المُطْلقِ وَالمُؤَقَّت: أَيْ فِي مَسْأَلة الوَجْه الثَّانِي وَهُوَ مَا إذَا كَانَ فِي الكُوزِ مَاءٌ فَأُهْرِيقَ قَبْل الليْل فَقَال فِي المُطْلقِ يَحْنَثُ حَال وَقْتِ الإِرَاقَة مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ إِلى الليْل، وَفِي المُؤَقَّتِ لا يَحْنَثُ فِي الحَال بَل يَتَوَقَّفُ حنْثُهُ

إلى آخرِ اليَوْمِ، وَهُمَا فَرَّقَا بَيْنَ المُطْلَقِ وَالمُؤَقَّت: يَعْني فِي هَذَا الوَجْه عَلى مَا ذُكرَ فِي الكِتَاب. وَأَشَارَ بقَوْله كَمَا إذَا مَاتَ الحَالفُ وَالمَاءُ بَاقٍ إلى أَنَّ بَقَاءَ المَحل شَرْطٌ للبَرِّ كَبَقَاء الحَالف، وَأَشَارَ بقَوْله كَمَا إذَا عَقَدَهُ ابْتدَاءً فِي هَذه الحَالَة إلا أَنَّ وُجُودَ المَحل كَمَا هُوَ شَرْطٌ لانْعقَاد اليَمين كَذَلكَ لبَقَائهَا.

قَال: (وَمَن حَلفَ ليَصعَدَن السَّمَاءَ أَو ليَقلبَن هَذَا الحَجَرَ ذَهَبًا انعقَدَت يَمِينُهُ وَحَنِثَ عَقِيبهَا) وَقَال زُفَر: لا تَنعقدُ لأنَّهُ مُستَحِيلٌ عَادَةً فَأَشبَهَ المُستَحِيل حَقِيقَةً فَلا يَنعَقِدُ. وَلنَا أَنَّ البِرَّ مُتَصَوَّرٌ حَقِيقَةً لأَنَّ الصُّعُودَ إلى السَّمَاءِ مُمكِنٌ حَقِيقَةً؛ أَلا تَرَى أَنَّ المَلائِكَةَ يَصعَدُونَ السَّمَاءَ وَكَذَا تَحَوُّلُ الحَجَرِ ذَهَبًا بِتَحوِيل اللهِ تَعَالى، وَإِذَا كَانَ مُتَصَوَّرًا يَنعَقِدُ اليَمِينُ مُوجِبًا لخُلفِهِ ثُمَّ يَحنَثُ بِحُكمِ العَجزِ الثَّابِتِ عَادَةً. كَمَا إذَا مَاتَ الحَالفُ فَإِنَّهُ يَحنَثُ مَعَ احتِمَال إعَادَةِ الحَيَاةِ بِخِلافِ مَسأَلَةِ الكُوزِ، لأَنَّ شُربَ المَاءِ الذِي فِي الكُوزِ وَقتَ الحَلفِ وَلا مَاءَ فِيهِ لا يُتَصَوَّرُ فَلم يَنعَقِد.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَلفَ لَيَصْعَدَن السَّمَاءَ) عَلى مَا ذَكَرَهُ ظَاهرٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ تَصَوُّرَ البرِّ لوْ كَانَ كَافيًا فِي خَلَفيَّة الكَفَّارَة لوَجَبَتْ فِي الغَمُوسِ؛ لأَنَّ اللهَ تَعَالى قَادرٌ عَلى إعَادَةِ الزَّمَانِ المَاضِي وَقَدْ فَعَلهَا لسُليْمَانَ ﷺ وَأُجيبَ بِأَنَّ تَصَوُّرَ البرِّ فِي الغَمُوسِ بِأَنْ يَجْعَل الفعْل الذي لمْ يُوجَدْ مَوْجُودًا منْهُ وَهُوَ مُسْتَحيلٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ مُتَصَوَّرًا يَنْعَقدُ اليَمينُ) إنَّمَا كَانَ كَذَلكَ لأَنَّ إيجَابَ العَبْد مُعْتَبَرٌ بإيجَاب الله تَعَالى فَإيجَابُ الله تَعَالى يَعْتَمدُ التَّصَوُّرَ دُونَ القُدْرَة فيمَا لهُ حَلفَ أَلا تَرَى أَنَّ الصَّوْمَ وَاجبٌ عَلى الشَّيْخِ الفَاني وَلمْ تَكُنْ لهُ قُدْرَةٌ لمَكَان التَّصَوُّر وَالحَلف وَكَذَلكَ هَهُنَا حَنثَ عَقيبَ وُجُوب البرِّ فَوَجَبَتْ الكَفَّارَةُ للعَجْزِ الثَّابت عَادَةً كَمَا وَجَبَتْ الفدْيَةُ هُنَاكَ عَقيبَ وُجُوب الصَّوْم.

بَابُ اليَمِينِ فِي الكَلامِ

قَال: (وَمَن حَلفَ لا يُكَلمُ فُلانًا فَكَلمَهُ وَهُوَ بِحَيثُ يَسمَعُ إلا أَنَّهُ نَائِمٌ حَنِث) لأَنَّهُ قَد كَلمَهُ وَوَصَل إلى سَمعِهِ لكِنَّهُ لم يَفهَم لنَومِهِ فَصَارَ كَمَا إذَا نَادَاهُ وَهُوَ بِحَيثُ يَسمَعُ لكِنَّهُ لم يَفهَم لتَغَافُلِهِ. وَفِي بَعضِ رِوَايَاتِ المَبسُوطِ شَرطٌ أَن يُوقِظَهُ، وَعَليهِ عَامَّةُ مَشَايِخِنَا، لأَنَّهُ إذَا لم يَتَنَبَّه كَانَ كَمَا إذَا نَادَاهُ مِن بَعِيدٍ وَهُوَ بِحَيثُ لا يَسمَعُ صَوتَهُ.

الشرح:

(**بَابُ اليَمِينِ فِي الكَلامِ**): لَمَّا ذَكَرَ بَيَانَ أَيْمَانِ السُّكْنَى وَالدُّخُول وَالخُرُوجِ وَالأَكْلِ وَالشُّرْبِ لِلمَعْنَى الذي ذَكَرْنَا شَرَعَ فِي بَيَانِ الفِعْلِ الجَامِعِ الذي يَسْتَتْبِعُ الأَبْوَابَ المُتَفَرِّقَةَ وَهُوَ الكَلامُ؛ إذْ اليَمِينُ فِي العِتْقِ وَالطَّلاقِ وَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَاليَمِينُ فِي الحَجِّ وَالصَّلاةِ وَالصَّوْمِ مِنْ أَنْوَاعِ الكَلامِ، فَذِكْرُ الجِنْسِ مُقَدَّمٌ عَلَى ذِكْرِ النَّوْعِ (**وَمَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ فُلانًا فَكَلَّمَهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إلا أَنَّهُ نَائِمٌ** حَنِثَ) نَقَلَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ عَنْ شَيْخِ الإِسْلامِ أَنَّ التَّكْلِيمَ عِبَارَةٌ عَنْ إسْمَاعِ كَلامِهِ كَمَا فِي تَكْلِيمِ نَفْسِهِ فَإِنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ إسْمَاعِ نَفْسِهِ، إلا أَنَّ إسْمَاعَ الغَيْرِ أَمْرٌ بَاطِنٌ لا يُوقَفُ عَلَيْهِ فَأُقِيمَ السَّبَبُ المُؤَدِّي إلَيْهِ مَقَامَهُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِحَيْثُ لَوْ أَصْغَى إلَيْهِ أُذُنَهُ وَلَمْ يَكُنْ بِهِ مَانِعٌ مِنْ السَّمَاعِ لَسَمِعَ وَدَارَ الحُكْمُ مَعَهُ وَسَقَطَ اعْتِبَارُ حَقِيقَةِ الإِسْمَاعِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لِتَغَافُلِهِ) أَيْ لِغَفْلَتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ المَبْسُوطِ) يُرِيدُ مَا رُوِيَ فِي رِوَايَةٍ فَنَادَاهُ وَأَيْقَظَهُ يَحْنَثُ فِيهِ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُشِيرُ إلَى اشْتِرَاطِ الإِيقَاظِ لِلحِنْثِ. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ فَنَادَاهُ أَوْ أَيْقَظَهُ، وَهَذِهِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مَتَى نَادَاهُ بِحَيْثُ لَوْ كَانَ يَقْظَانَ لَسَمِعَ صَوْتَهُ حَنِثَ وَإِنْ لَمْ يُوقِظْهُ. وَقَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لا يَحْنَثُ. وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ وَعَلَيْهِ مَشَايِخُنَا، وَالوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

(وَلو حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ إلا بِإِذنِهِ فَأَذِنَ لَهُ وَلَم يَعلم بِالإِذنِ حَتَّى كَلَّمَهُ حَنِثَ) لأَنَّ الإِذنَ مُشتَقٌّ مِن الأَذَانِ الذِي هُوَ الإِعلامُ، أَو مِن الوُقُوعِ فِي الإِذنِ، وَكُلُّ ذَلكَ لا يَتَحَقَّقُ إلا بِالسَّمَاعِ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يَحنَثُ لأَنَّ الإِذنَ هُوَ الإِطلاقُ، وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالآذِنِ كَالرِّضَا. قُلنَا: الرِّضَا مِن أَعمَالِ القَلبِ، وَلا كَذَلكَ الإِذنُ عَلى مَا مَرَّ.

الشرح:

وَلَوْ حَلَفَ **لا يُكَلِّمُهُ إلا بِإِذْنِهِ**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالإِذْنِ كَالرِّضَا) يَعْنِي أَنَّهُ إذَا حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ إلا بِرِضَاهُ فَرَضِيَ المَحْلُوفُ عَلَيْهِ بِالاسْتِثْنَاءِ وَلَمْ يَعْلَمْ الحَالِفُ فَكَلَّمَهُ لا يَحْنَثُ لَمَّا أَنَّ الرِّضَا يَتِمُّ بِالرَّاضِي، فَكَذَلِكَ الإِذْنُ يَتِمُّ بِالآذِنِ. قُلْنَا: الرِّضَا مِنْ أَعْمَالِ القَلْبِ فَيَتِمُّ بِالرَّاضِي وَلا كَذَلِكَ الإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ أَنَّهُ إمَّا مِنْ الأَذَانِ الذي هُوَ الإِعْلامُ، أَوْ مِنْ الوُقُوعِ فِي الإِذْنِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي السَّمَاعَ وَلَمْ يُوجَدْ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ

كَذَلِكَ لَمَا صَارَ العَبْدُ مَأْذُونًا إذَا أَذِنَ لَهُ مَوْلاهُ وَهُوَ لا يَعْلَمُ لكنَّهُ يَصِيرُ مَأْذُونًا فَلَمْ يَكُنْ الإِذْنُ مُحْتَاجًا إلى الوُقُوعِ فِي الإِذْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الإِذْنَ هَذَا فَكُّ الحَجْرِ فِي حَقِّ العَبْدِ وَالعَبْدُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ فَيَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ، وَأَمَّا فِي اليَمِينِ فَلَمَّا حَرَّمَ كَلامَهُ بِاليَمِينِ إلا عِنْدَ الإِذْنِ صَارَ الإِذْنُ مُثْبِتًا لإِبَاحَةِ الكَلامِ لِلحَالِفِ فَلا بُدَّ مِنْ الإِعْلامِ بِذَلِكَ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى تَخْصِيصِ العِلَةِ وَأَمْرُهُ وَاضِحٌ عِنْدَ الأُصُولِيِّ.

(وَلو حَلَفَ لا يُكَلِمُهُ إلا بِإذنِهِ فَأَذِنَ لهُ وَلم يَعلم بِالإذنِ حَتَّى كَلمَهُ حَنِثَ) لأَنَّ الإِذنَ مُشتَقٌّ مِن الأَذَانِ الذِي هُوَ الإِعلامُ، أَو مِن الوُقُوعِ فِي الإِذنِ، وَكُلُّ ذَلكَ لا يَتَحقَّقُ إلا بِالسَّمَاعِ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يَحنَثُ لأَنَّ الإِذنَ هُوَ الإِطلاقُ، وَأَنَّهُ يَتِمُ بِالآذِنِ كَالرِّضَا. قُلنَا: الرِّضَا مِن أَعمَال القَلبِ، وَلا كَذَلكَ الإِذنُ عَلى مَا مَرَّ.

الشرح:

وَلَوْ حَلَفَ **لا يُكَلِمُهُ إلا بِإِذْنِه**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالإِذْنِ كَالرِّضَا) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ لا يُكَلِمُهُ إلا بِرِضَاهُ فَرَضِيَ المَحْلُوفُ عَلَيْهِ بِالاسْتِثْنَاءِ وَلَمْ يَعْلَمْ الحَالِفُ فَكَلمَهُ لا يَحْنَثُ لَمَا أَنَّ الرِّضَا يَتِمُّ بِالرَّاضِي، فَكَذَلِكَ الإِذْنُ يَتِمُّ بِالآذِنِ.

قُلنَا: الرِّضَا مِنْ أَعْمَالِ القَلبِ فَيَتِمُّ بِالرَّاضِي وَلا كَذَلِكَ الإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ أَنَّهُ إِمَّا مِنْ الأَذَانِ الذي هُوَ الإِعْلامُ، أَوْ مِنْ الوُقُوعِ فِي الإِذْنِ وَذَلِكَ يَقْتَضِي السَّمَاعَ وَلَمْ يُوجَدْ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ لوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا صَارَ العَبْدُ مَأْذُونًا إذَا أَذِنَ لَهُ مَوْلاهُ وَهُوَ لا يَعْلَمُ لكنَّهُ يَصِيرُ مَأْذُونًا فَلَمْ يَكُنْ الإِذْنُ مُحْتَاجًا إلى الوُقُوعِ فِي الإِذْنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الإِذْنَ هَذَا فَكُّ الحَجْرِ فِي حَقِّ العَبْدِ وَالعَبْدُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ وَمَالِكِيَّتِهِ فَيَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ، وَأَمَّا فِي اليَمِينِ فَلَمَّا حَرَّمَ كَلامَهُ بِاليَمِينِ إلا عِنْدَ الإِذْنِ صَارَ الإِذْنُ مُثْبِتًا لإِبَاحَةِ الكَلامِ لِلحَالِفِ فَلا بُدَّ مِنْ الإِعْلامِ بِذَلِكَ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى تَخْصِيصِ العِلَةِ وَأَمْرُهُ وَاضِحٌ عِنْدَ الأُصُولِيِّ.

قَال (وَإِن حَلَفَ لا يُكَلمُهُ شَهرًا فَهُوَ مِن حِينِ حَلَفَ) لأَنَّهُ لو لم يَذكُر الشَّهرَ لتَأَبَّدَ اليَمِينُ فَذَكَرَ الشَّهرَ لإِخرَاجِ مَا وَرَاءَهُ فَبَقِيَ الذِي يَلِي يَمِينَهُ دَخلا عَمَلا بِدَلالَةِ حَالِه، بِخِلافِ مَا إذَا قَال وَاللهِ لأَصُومَنَّ شَهرًا لأَنَّهُ لو لم يَذكُر الشَّهرَ لم تَتَأَبَّد اليَمِينُ فَكَانَ ذِكرُهُ لتَقدِيرِ الصَّومِ بِهِ وَأَنَّهُ مُنَكَّرٌ فَالتَّعِيِينُ إليهِ.

الشرح:

(وَإِنْ حَلفَ لا يُكَلِّمُهُ شَهْرًا فَهُوَ مِنْ حِينِ حَلفَ لأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ الشَّهْرَ لِتَأَبُّدِ اليَمِينِ) لأَنَّ مَا يَلِي اليَمِينَ صَالِحٌ لِمَحَلِّيَّةِ البِرِّ: أَيُّ جُزْءٍ كَانَ مِنْ أَجْزَاءِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَقَدْ وَقَعَتْ النَّكِرَةُ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ كَانَ اليَمِينُ مُؤَبَّدًا فَذَكَرَ الشَّهْرَ لإِخْرَاجِ مَا وَرَاءَهُ عَمَلا بِدَلالَةِ الحَالِ وَهِيَ الغَيْظُ الذي لحِقَهُ فِي الحَالِ، بِخلافِ مَا لوْ قَالَ وَاللهِ لأَصُومَن شَهْرًا لأَنَّهُ لوْ لَمْ يَذْكُرْ الشَّهْرَ لَمْ تَتَأَبَّدْ اليَمِينُ، إِمَّا لأَنَّهُ نَكِرَةٌ فِي سِيَاقِ الإِثْبَاتِ، وَإِمَّا لأَنَّ الصَّوْمَ غَيْرُ صَالِحٍ لِلتَّأْبِيدِ لِتَخَلُّلِ الأَوْقَاتِ التِي لا تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ مَحَلًّا لِلصَّوْمِ، فَكَانَ ذِكْرُهُ لِتَقْدِيرِ الصَّوْمِ وَأَنَّهُ مُنَكَّرٌ فَالنِّيَّةُ تُعَيِّنُهُ.

(وَإِن حَلفَ لا يَتَكَلمُ فَقرَأَ القُرآنَ فِي صَلَاتِهِ لا يَحنَثُ. وَإِن قَرأَ فِي غَيرِ صَلَاتِهِ حَنِثَ) وَعَلَى هَذَا التَّسبِيحُ وَالتَّهلِيلُ وَالتَّكبِيرُ، وَفِي القِيَاسِ يَحنَثُ فِيهِمَا وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ لأَنَّهُ كَلامٌ حَقِيقَةً. وَلنَا أَنَّهُ فِي الصَّلاةِ لَيسَ بِكَلامٍ عُرفًا وَلا شَرعًا، قَال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إِنَّ صَلاتَنَا هَذِهِ لا يَصلُحُ فِيهَا شَيءٌ مِن كَلامِ النَّاسِ»[1] وَقِيل فِي عُرفِنَا لا يَحنَثُ فِي غَيرِ الصَّلاةِ أَيضًا لأَنَّهُ لا يُسَمَّى مُتَكلمًا بَل قَارِئًا وَمُسَبِّحًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ حَلفَ لا يَتَكَلمُ فَقَرَأَ القُرْآنَ) ظَاهِرٌ.

(وَلو قَال يَومَ أُكَلمُ فُلانًا فَأمرَأَتهُ طَالقٌ فَهُوَ عَلَى الليل وَالنَّهَار) لأَنَّ اسمَ اليَومِ إِذَا قُرِنَ بِفِعلٍ لا يَمتَدُّ يُرَادُ بِهِ مُطلقُ الوَقتِ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ﴾ **[الأنفال: ١٦]، وَالكَلامُ لا يَمتَدُّ (وَإِن عَنِيَ النَّهَارَ خَاصَّةً دِينَ فِي القَضَاءِ) لأَنَّهُ مُستَعمَلٌ فِيهِ أَيضًا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَدِينُ فِي القَضَاءِ لأَنَّهُ خِلافُ المُتَعَارَفِ.**

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ قَال يَوْمَ أُكَلمُ فُلانًا) هَاهُنَا ثَلاثُ عِبَارَاتِ نَهَارَ أُكَلمُ فُلانًا وَلَيْلَةَ أُكَلمُ فُلانًا وَيَوْمَ أُكَلمُ فُلانًا، فَالأُولى لِبَيَاضِ النَّهَارِ خَاصَّةً. فَلوْ كَلمَهُ لَيْلا لَمْ يَحْنَثْ. وَالثَّانِيَةُ لِسَوَادِهِ خَاصَّةً، فَلوْ كَلمَهُ نَهَارًا لَمْ يَحْنَثْ. وَمَا جَاءَ اسْتِعْمَالُهُ فِي مُطْلقِ الوَقْتِ وَمَا جَاءَ فِي قَوْل الشَّاعِرِ:

---

(١) سبق تخريجه.

وَكُنَّا حَسِبْنَا كُل سَوْدَاءَ تَمْرَةً لَيَالِي لاقَيْنَا جُذَامًا وَحَمِيرًا

مُرَادًا به الوَقْتُ فَلَيْسَ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ لأَنَّ كَلامَنَا فِيمَا ذُكِرَ بِلَفْظِ المُفْرَدِ وَمَا فِي الشِّعْرِ بِلَفْظِ الجَمْعِ، وَذِكْرُ أَحَدِ العَدَدَيْنِ بِعِبَارَةِ الجَمْعِ يَقْتَضِي دُخُول مَا بِإِزَائِه مِنْ العَدَدِ الآخَرِ وَذَلِكَ أَصْلٌ آخرُ غَيْرُ مَا نَحْنُ فِيه. وَالثَّالثَةُ يُعْتَبَرُ بِمَا قُرِنَ بِه، إِنْ قُرِنَ بِفعْلٍ لا يَمْتَدُّ يُرَادُ به مُطْلَقُ الوَقْت، قَال اللهُ تَعَالَى ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ﴾ وَالكَلامُ مِمَّا لا يَمْتَدُّ، وَإِنْ قُرِنَ بِه مَا يَمْتَدُّ كَالصَّوْمِ يُرَادُ بَيَاضُ النَّهَار، وَالبَحْثُ فِيه وَظِيفَةٌ أُصُولِيَّةٌ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ، فَإِنْ عَنَى فِي قَوْله يَوْمَ أُكَلمُ فُلانًا النَّهَارَ خَاصَّةً صَدَقَ فِي القَضَاءِ لأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيه أَيْضًا قَال اللهُ تَعَالَى ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ﴾ [الجمعة: ٩] وَالْمُرَادُ بِه بَيَاضُ النَّهَارِ.

(وَلو قَال ليلةَ أُكلمُ فُلانًا فهُوَ علَى الليل خَاصَّةً) لأنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي سَوَادِ الليل كَالنَّهَارِ للبَيَاضِ خَاصَّةً، وَمَا جَاءَ استِعمَالُهُ فِي مُطلقِ الوَقتِ (وَلو قَال إن كَلمت فُلانًا إلا أَن يَقدَمَ فُلانٌ أَو قَال حَتَّى يَقدَمَ فُلانٌ أَو قَال إلا أَن يَأذَنَ فُلانٌ أَو حَتَّى يَأذَنَ فُلانٌ فَامرَأَتُهُ طَالقٌ فَكَلمَهُ قَبل القُدُومِ وَالإِذنِ حَنِث، وَلو كَلمَهُ بَعدَ القُدُومِ وَالإِذنِ لم يَحنَث) لأَنَّهُ غَايَةٌ وَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ قَبل الغَايَةِ وَمُنتَهِيَةٌ بَعدَهَا فَلا يَحنَثُ بِالكَلامِ بَعدَ انتِهَاءِ اليَمِينِ (وَإِن مَاتَ فُلانٌ سَقَطَت اليَمِينُ) خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ لأَنَّ المَمنُوعَ عَنهُ كَلامٌ يَنتَهِي بِالإِذنِ وَالقُدُومِ وَلم يَبقَ بَعدَ المَوتِ مُتَصَوَّرُ الوُجُودِ فَسَقَطَت اليَمِينُ. وَعِندَهُ التَّصَوُّرُ ليسَ بِشَرطٍ، فَعِندَ سُقُوطِ الغَايَةِ تَتَأَبَّدُ اليَمِينُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ غَايَةٌ) أَمَّا فِي كَلِمَةِ حَتَّى فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا فِي إلا أَنْ فَلمَا تَقَدَّمَ مِنْ مُنَاسَبَة مَعْنَى الاسْتِثْنَاءِ مَعْنَى الغَايَةِ وَكَوْنُهُ مَجَازًا للغَايَة. قَوْلُهُ (وَإِنْ مَاتَ فُلانٌ) يَعْنِي الذي أَسْنَدَ إِلَيْه القُدُومَ أَوْ الإِذْنَ سَقَطَ اليَمِينُ لانْتفَاءِ تَصَوُّرِ البِرِّ. فَإِنْ قِيل: إِعَادَةُ الحَيَاة مُمْكِنَةٌ فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ لا يَبْطُل اليَمِينُ. فَالجَوَابُ أَنَّ اليَمِينَ انْعَقَدَتْ عَلى القُدُومِ أَوْ الإِذْنِ فِي حَيَاته القَائِمَة لا المُعَادَة بَعْدَ مَوْته وَهِيَ غَيْرُ المُعَادَة لا مَحَالَةَ، وَلِهَذَا قُلنَا: إِذَا قَال لأَقْتُلن فُلانًا وَفُلانٌ مَيِّتٌ وَلَمْ يَعْلَمْ الحَالِفُ بِمَوْته لا تَنْعَقِدُ اليَمِينُ لأَنَّهَا وَقَعَتْ عَلى الحَيَاة القَائِمَة.

(وَمَن حلفَ لا يُكلِمُ عَبدَ فُلانٍ ولم ينوِ عَبدًا بِعَينِهِ أو امرأةَ فُلانٍ أو صَدِيقَ فُلانٍ فَبَاعَ فُلانٌ عَبدَهُ أو بَانَت مِنهُ امرأتُهُ أو عَادَى صَدِيقَهُ فَكَلمَهُم لم يَحنَث) لأنَّهُ عقَدَ يَمِينَهُ عَلَى فِعلٍ وَاقِعٍ فِي مَحَلٍّ مُضَافٍ إلى فُلانٍ، إمَّا إضافَةُ مِلكٍ أو إضَافَةُ نِسبَةٍ ولَم يُوجَد فَلا يَحنَثُ، قَال هَذَا فِي إضَافَةِ المِلكِ بِالاتِّفَاقِ. وَفِي إضَافَةِ النِّسبَةِ عِندَ مُحَمَّدٍ يَحنَثُ كَالمَرأَةِ وَالصَّدِّيقِ.

قَال فِي الزِّيَادَاتِ: لأنَّ هَذِهِ الإضَافَةَ لِلتَّعرِيفِ لأنَّ المَرأَةَ وَالصَّدِيقَ مَقصُودَانِ بِالهِجرَانِ فَلا يُشتَرَطُ دَوَامُهَا فَيَتَعَلَقُ الحُكمُ بِعَينِهِ كَمَا فِي الإِشَارَةِ. وَوَجهُ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يُحتَمَلُ أَن يَكُونَ غَرَضُهُ هِجرَانَهُ لأجل المُضَافِ إليهِ وَلِهَذَا لم يُعَيِّنهُ فَلا يَحنَثُ بَعدَ زَوَال الإِضَافَةِ بِالشَّكِّ (وَإن كَانَت يَمِينُهُ على عَبدٍ بِعَينِهِ بِأَن قَال عَبدُ فُلانٍ هَذَا أَو امرَأَةُ فُلانٍ بِعَينِهَا أَو صَدِيقُ فُلانٍ بِعَينِهِ لم يَحنَث فِي العَبدِ وَحَنِثَ فِي المَرأَةِ وَالصَّدِيقِ، وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَال مُحَمَّدٌ: يَحنَثُ فِي العَبدِ أَيضًا) وَهُوَ قَولُ زُفَرَ (وَإن حَلفَ لا يَدخُلُ دَارَ فُلانٍ هَذِهِ فَبَاعَهَا ثُمَّ دَخَلهَا فَهُوَ عَلى هَذَا الاختِلافِ) وَجهُ قَول مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَنَّ الإضَافَةَ لِلتَّعرِيفِ وَالإِشَارَةَ أَبلَغُ مِنهَا فِيهِ لِكَونِهَا قَاطِعَةً لِلشَّرِكَةِ، بِخِلافِ الإِضَافَةِ فَاعتُبِرَت الإِشَارَةُ وَلُغِيَت الإِضَافَةُ وَصَارَ كَالصَّدِيقِ وَالمَرأَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الدَّاعِي إلى اليَمِينِ مَعنًى فِي المُضَافِ إليهِ لأنَّ هَذِهِ الأعيَانَ لا تُهجَرُ وَلا تُعَادَى لِذَوَاتِهَا، وَكَذَا العَبدُ لِسُقُوطِ مَنزِلَتِهِ بَل لِمَعنًى فِي مُلاكِهَا فَتَتَقَيَّدُ اليَمِينُ بِحَال قِيَامِ المِلكِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَت الإِضَافَةُ إِضَافَةَ نِسبَةٍ كَالصَّدِيقِ وَالمَرأَةِ لأنَّهُ يُعَادَى لِذَاتِهِ فَكَانَت الإِضَافَةُ لِلتَّعرِيفِ وَالدَّاعِي المَعنَى فِي المُضَافِ إليهِ غَيرُ ظَاهِرٍ لِعَدَمِ التَّعيِينِ، بِخِلافِ، مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ حلفَ لا يُكَلِمُ عَبْدَ فُلان) إذَا وَقَعَتْ اليَمِينُ عَلى فِعْلٍ يَتَعَلقُ بِمُرَكَّبٍ إضَافِيٍّ، فَإمَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ الإِضَافَة إشَارَةٌ أَوْ لا، وَكُلٌّ مِنْهُمَا إمَّا أَنْ تَكُونَ الإِضَافَةُ إليْه إضَافَةَ ملك أَوْ إضَافَةَ نسْبَة، فَإنْ لمْ تَكُنْ مَعَ الإِضَافَة إشَارَةٌ كَمَا إذَا حَلفَ لا يُكَلمُ عَبْدَ فُلان وَلمْ يَنْوِ عَبْدًا بعَيْنه أَوْ امْرَأَةَ أَوْ صَديقَ فُلان فَالمُعْتَبَرُ وُجُودُ الملك عنْدَ وُجُود المَحْلُوف عَليْه في إضَافَة الملك بالاتِّفَاق، وَكَذَا في إضَافَة النِّسْبَة عنْدَ أَبي

حَنِيفَةَ.

وَعِنْدَ مُحَمَّد يُعْتَبَرُ وُجُودُ النِّسْبَةِ وَقْتَ الحَلف، فَعَلى هَذَا إِذَا بَاعَ فُلانٌ عَبْدَهُ فَكَلمَهُ لَمْ يَحْنَثْ بالاتِّفَاق، وَكَذَا إِذَا طَلقَ امْرَأَتَهُ أَوْ عَادَى صَدِيقَهُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّد يَحْنَثُ كَذَا قَالهُ فِي الزِّيَادَات.

وَجْهُ قَوْل مُحَمَّد أَنَّ هَذِهِ الإِضَافَةَ للتَّعْرِيف لأَنَّ المَرْأَةَ وَالصَّدِيقَ قَدْ يُهْجَرَانِ لِذَاتِهِمَا مَقْصُودًا لا لأَجْلِ المُضَافِ إِليْه، وَمَا كَانَ للتَّعْرِيف لا يُشْتَرَطُ دَوَامُهُ للاسْتِغْنَاءِ عَنْهُ بَعْدَ التَّعْرِيف فَيَتَعَلقُ الحُكْمُ بِعَيْنِه، أَيْ بِعَيْنِ كُل وَاحِد مِنْهُمَا. كَمَا فِي الإِشَارَة بِأَنْ قَال لا أُكَلمُ صَدِيقَ فُلانٍ هَذَا أَوْ زَوْجَةَ فُلانٍ هَذِه (وَوَجْهُ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا) يَعْنِي عَدَمَ الحِنْثِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ (وَهُوَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِير) فَإِنَّهُ ذَكَرَ قَوْل مُحَمَّد فِي الزِّيَادَاتِ وَقَوْل أَبِي حَنِيفَةَ فِي الجَامِعِ الصَّغِير، وَلَمْ يُذْكَرْ لأَبِي يُوسُفَ قَوْلٌ. وَقَال فَخْرُ الإِسْلامِ: يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مِثْل قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ هِجْرَانَهُ أَيْ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْ المَرْأَة وَالصَّدِيقِ لأَجْلِ المُضَاف إِليْه وَلِهَذَا لَمْ يُعَيِّنْهُ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ لا يَكُونَ فَلا يَحْنَثُ بَعْدَ زَوَال الإِضَافَة بِالشَّكِّ، وَإِنْ كَانَ مَعَ الإِضَافَة إِشَارَةٌ بِأَنْ قَال عَبْدَ فُلانٍ هَذَا أَوْ امْرَأَةُ فُلانٍ هَذِه أَوْ صَدِيقُ فُلانٍ بِعَيْنِه لَمْ يَحْنَثْ فِي العَبْد، وَحَنِثَ فِي المَرْأَة وَالصَّدِيقِ فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَال مُحَمَّدٌ: يَحْنَثُ فِي العَبْد أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ. وَجْهُ قَوْلهِمَا أَنَّ الإِضَافَةَ للتَّعْرِيف. وَتَقْرِيرُهُ: الإِضَافَةُ للتَّعْرِيف وَمَا هُوَ للتَّعْرِيف يَلغُو عِنْدَ وُجُود مَا هُوَ أَبْلغُ مِنْهُ فِيه، وَالإِشَارَةُ أَبْلغُ مِنْهَا فِيه لكَوْنِهَا قَاطِعَةً للشَّرِكَة لكَوْنِهَا بِمَنْزِلة وَضْعِ اليَد عَليْه، بِخِلاف الإِضَافَة لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ لفُلانٍ عَبِيدٌ فَاعْتُبِرَتْ الإِشَارَةُ وَلغَتْ الإِضَافَةُ وَصَارَ كَالصَّدِيقِ وَالمَرْأَة. وَوَجْهُ قَوْلهِمَا أَنَّ الدَّاعِيَ إِلى اليَمِينِ مَعْنًى فِي المُضَاف إِليْه، وَتَقْرِيرُهُ: لا نُسَلمُ أَنَّ الإِضَافَةَ للتَّعْرِيف بَل لبَيَان أَنَّ الدَّاعِيَ إِلى اليَمِينِ مَعْنًى فِي المُضَاف إِليْه لأَنَّ هَذِه الأَعْيَانَ: أَيْ الدَّارُ وَالدَّابَّةُ وَالثَّوْبُ لا تُهْجَرُ وَلا تُعَادَى لذَوَاتِهَا، وَكَذَا العَبْدُ لسُقُوط مَنْزِلته بَل لمَعْنًى فِي مُلاكِهَا فَتَتَقَيَّدُ اليَمِينُ بِحَال قِيَامِ المِلك لقِيَامِ المَعْنَى الدَّاعِي إِذْ ذَاكَ، بِخِلاف مَا إِذَا كَانَتْ الإِضَافَةُ إِضَافَةَ نِسْبَة كَالصَّدِيقِ وَالمَرْأَة لأَنَّهُ يُعَادَى لذَاته فَكَانَتْ الإِضَافَةُ للتَّعْرِيفِ، وَالدَّاعِي لمَعْنًى فِي المُضَاف إِليْه غَيْرُ ظَاهِرٍ لعَدَمِ التَّعَيُّنِ: أَيْ

لِعَدَمِ تَعَيُّنِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ لِلْهِجْرَانِ لِكَوْنِ الْمُضَافِ أَيْضًا صَالِحًا لِذَلِكَ. وَإِذَا كَانَ لِلتَّعْرِيفِ لَمْ يَشْتَرِطْ دَوَامَهَا لِمَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، يَعْنِي إِضَافَةَ الْمِلْكِ لِتَعْيِينِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ لِذَلِكَ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الدَّابَّةَ وَالدَّارَ وَالْمَرْأَةَ يَجُوزُ أَنْ تُهْجَرَ لِذَاتِهَا لِشُؤْمِهَا كَمَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ احْتِمَالٌ لَمْ يَقْتَرِنْ بِهِ عُرْفٌ فَلَا يَكُونُ مُعْتَبَرًا

قَالَ (وَإِن حَلَفَ لا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هَذَا الطَّيلسَانِ فَبَاعَهُ ثُمَّ كَلَّمَهُ حَنِثَ) لأَنَّ هَذِهِ الإِضَافَةَ لا تَحتَمِلُ إلا التَّعرِيفَ لأَنَّ الإِنسَانَ لا يُعَادَى لِمَعنًى فِي الطَّيلسَانِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَشَارَ إِليهِ (وَمَن حَلَفَ لا يُكَلِّمُ هَذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ وَقَد صَارَ شَيخًا حَنِثَ) لأَنَّ الحُكمَ تَعَلَّقَ بِالْمُشَارِ إِليهِ إِذ الصِّفَةُ فِي الحَاضِرِ لَغوٌ، وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَيسَت بِدَاعِيَةٍ إِلى اليَمِينِ عَلى مَا مَرَّ مِن قَبلُ.

الشرح:

. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هَذَا الطَّيْلَسَانِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى الْيَمِينِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَتْ الصِّفَةُ فِي الْحَاضِرِ لَغْوًا لَحَنِثَ إِذَا حَلَفَ لَا **يَأْكُلُ هَذَا الرُّطَبَ فَأَكَلَهُ بَعْدَمَا صَارَ تَمْرًا.** وَتَقْرِيرُهُ: الصِّفَةُ فِي الْحَاضِرِ لَغْوٌ إِذَا لَمْ تَكُنْ دَاعِيَةً إِلَى الْيَمِينِ، وَهَذِهِ كَذَلِكَ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ: يَعْنِي فِي أَوَّلِ بَابِ الْيَمِينِ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ، بِخِلَافِ الرُّطَبِ فَإِنَّ صِفَتَهَا دَاعِيَةٌ إِلَى الْيَمِينِ.

فَصلٌ

قَال: (وَمَن حَلَفَ لا يُكَلِّمُ حِينًا أَو زَمَانًا أَو الحِينَ أَو الزَّمَانَ فَهُوَ عَلى سِتَّةِ أَشهُرٍ) لأَنَّ الحِينَ قَد يُرَادُ بِهِ الزَّمَانُ القَلِيلُ وَقَد يُرَادُ بِهِ أَربَعُونَ سَنَةً، قَال اللهُ تَعَالى ﴿ هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ ﴾ **[الإنسان: ١] وَقَد يُرَادُ بِهِ سِتَّةَ أَشهُرٍ، قَال اللهُ تَعَالى** ﴿ تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ ﴾ **[إبراهيم: ٢٥] وَهَذَا هُوَ الوَسَطُ فَيَنصَرِفُ إِليهِ، وَهَذَا لأَنَّ اليَسِيرَ لا يُقصَدُ بِالْمَنعِ لِوُجُودِ الامتِنَاعِ فِيهِ عَادَةً، وَالْمُؤَبَّدُ لا يُقصَدُ غَالبًا لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الأَبَدِ، وَلو سَكَتَ عَنهُ يَتَأَبَّدُ فَيَتَعَيَّنُ مَا ذَكَرنَا. وَكَذَا الزَّمَانُ يُستَعمَلُ استِعمَال الحِينِ، يُقَالُ مَا رَأَيتُك مُنذُ حِينٍ وَمُنذُ زَمَانٍ بِمَعنًى وَهَذَا إِذَا لم تَكُن لهُ نِيَّةٌ، أَمَّا إِذَا نَوَى شَيئًا فَهُوَ عَلى مَا نَوَى لأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلامِهِ (وَكَذَلك الدَّهرُ عِندَهُمَا.**

وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّهرُ لا أَدرِي مَا هُوَ) وَهَذَا الاختِلافُ فِي الْمُنَكَّرِ وَهُوَ الصَّحِيحُ،

أَمَّا المُعَرَّفُ بِالأَلفِ وَاللامِ يُرَادُ بِهِ الأَبَدُ عُرفًا. لهُمَا أَنَّ دَهرًا يُستَعمَلُ استِعمَال الحِينِ وَالزَّمَانِ يُقَالُ مَا رَأَيتُك مُنذُ حِينٍ وَمُنذُ دَهرٍ بِمَعنًى وَأَبُو حَنِيفَةَ تَوَقَّفَ فِي تَقدِيرِهِ لأَنَّ اللُّغَاتِ لا تُدرَكُ قِيَاسًا وَالعُرفُ لم يُعرَف استِمرَارُهُ لاختِلافِ فِي الاستِعمَال.

الشرح:

(فَصْلٌ)

لَمَّا كَانَتْ المَسَائِلُ المَذْكُورَةُ فِي هَذَا الفَصْلِ مِنْ نَوْعِ الكَلامِ مُتَعَلِّقَةً بِالأَزْمَانِ سَمَّاهُ فَصْلا (وَمَنْ **حَلَفَ لا يُكَلِّمُ فُلانًا حِينًا أَوْ زَمَانًا أَوْ الحِينَ أَوْ الزَّمَانَ وَلا نِيَّةَ عَلَى شَيْءٍ مِنْ الوَقْتِ** فَهُوَ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ لأَنَّ الحِينَ قَدْ يُرَادُ بِهِ الزَّمَانُ القَلِيلُ) قَال اللهُ تَعَالى ﴿ فَسُبْحَانَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴾ [الروم: ١٧]، وَالمُرَادُ بِهِ وَقْتُ الصَّلاة، وَقَدْ يُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً قَال اللهُ تَعَالى ﴿ هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَـٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ ﴾.

قَال المُفَسِّرُونَ: المُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً، وَقَدْ يُرَادُ بِهِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ قَال اللهُ تَعَالى ﴿ تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ ﴾ [إبراهيم: ٢٥] أَيْ كُل سِتَّة أَشْهُرٍ، فَمِنْ وَقْتِ الطَّلعِ إلى وَقْتِ الرُّطَبِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَمِنْ وَقْتِ الرُّطَبِ إلى وَقْتِ الطَّلعِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِهَا فِي كُل وَقْتٍ لا يَنْقَطِعُ نَفْعُهَا أَلبَتَّةَ (وَهَذَا هُوَ الوَسَطُ فَيُصْرَفُ إليْه) إذَا لَمْ تَكُنْ لهُ نِيَّةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ الانْصِرَافُ إلى سِتَّةِ أَشْهُرٍ (لأَنَّ القَصِيرَ لا يُقْصَدُ بِالمَنْعِ) لعَدَمِ الحَاجَةِ إلى اليَمِينِ فِي الامْتِنَاعِ عَنْ الكَلامِ فِي سَاعَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لأَنَّهُ يُوجَدُ فِيهَا عَادَةً بِلا يَمِينٍ، وَالمَدِيدُ لا يُقْصَدُ غَالبًا لأَنَّهُ بِمَنْزِلةِ الأَبَدِ لأَنَّ مَنْ أَرَادَ ذَلكَ يَقُولُ أَبَدًا فِي العُرْفِ، فَلوْ كَانَ مُرَادُهُ ذَلكَ لَمْ يَذْكُرْ الحِينَ، وَلوْ سَكَتَ تَأَبَّدَ اليَمِينُ فَحَيْثُ ذُكِرَ لا بُدَّ لهُ مِنْ فَائِدَةٍ سِوَى المُسْتَفَادِ عِنْدَ عَدَمِ ذِكْرِهِ وَإِلا لا يَكُونُ لذِكْرِهِ فَائِدَةٌ فَتَعَيَّنَ الأَوْسَطُ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الزَّمَانُ) ظَاهِرٌ (وَكَذَلكَ الدَّهْرُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ) يَعْنِي يَقَعُ عَلى سِتَّةِ أَشْهُرٍ المُنَكَّرُ وَالمُعَرَّفُ سَوَاءٌ (وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّهْرُ لا أَدْرِي مَا هُوَ) وَهَذَا الاخْتِلافُ فِي المُنَكَّرِ.

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ رِوَايَةِ بِشْرٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَال لا فَرْقَ عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ قَوْله دَهْرًا وَبَيْنَ قَوْله الدَّهْرِ، وَإِذَا كَانَ الاخْتِلافُ فِي المُنَكَّرِ فَالمُعَرَّفُ يَكُونُ مُتَّفِقًا عَليْه؛ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ سِتَّةَ أَشْهُرٍ كَمَا قَالا، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ

يَقَعُ عَلى الأَبَدِ كَمَا قَال بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِنَّ الدَّهْرَ فَاللامُ التَّعْرِيف يَقَعُ عَلى الأَبَدِ بلا خلافٍ بَيْنَهُمْ، وَهُوَ الذي ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ بِقَوْلِه أَمَّا المُعَرَّفُ بِالأَلفِ وَاللامِ فَيُرَادُ بِه الأَبَدُ عُرْفًا.

وَوَجْهُ الجَانِبَيْنِ فِي المُنَكَّرِ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

فَإِنْ قِيل: ذَكَرَ فِي الجَامِعِ الكَبِيرِ وَأَجْمَعُوا فِيمَنْ قَال إِنْ كَلمْتُك دُهُورًا أَوْ أَزْمِنَةً أَوْ شُهُورًا أَوْ سِنِينَ أَوْ جُمَعًا أَوْ أَيَّامًا يَقَعُ عَلى ثَلاثَةٍ مِنْ هَذه المَذْكُورَات لأَنَّهَا أَدْنَى الجَمْعِ المُتَّفَقِ عَليْه، وَكَانَ أَبو حَنيفَةَ أَيْضًا قَائلا فِي دُهُورٍ مُنَكَّرَةٍ بثَلاثَة منْهَا، فَكُلُّ دَهْرٍ ستَّةُ أَشْهُرٍ كَمَا هُوَ قَوْلُهمَا، وَالحُكْمُ فِي الجَمْعِ مَوْقُوفٌ عَلى مَعْرِفَة الإِفْرَاد فَكَيْفَ حَكَمَ فِي الجَمْعِ وَتَوَقَّفَ فِي المُفْرَد؟ أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلكَ تَفْرِيعٌ لمَسْأَلة الدَّهْرِ عَلى قَوْل مَنْ يَدَّعِي مَعْرِفَةَ الدَّهْرِ فَكَأَنَّهُ قَال: مَنْ وَقَفَ عَلى مَعْنَى الدَّهْرِ يَجبُ عَليْه أَنْ يَقُول فِي الجَمْعِ المُنَكَّرِ منْهُ بثَلاثَة كَمَا فِي الأَزْمِنَة وَالشُّهُورِ كَمَا فَعَل مثْل ذَلكَ فِي المُزَارَعَة. وَبَيَانُ اخْتِلاف الاسْتعْمَال فيه أَنَّ مُعَرَّفَهُ يَقَعُ الأَبَدُ بِخِلاف الحِينِ وَالزَّمَانِ، وَيُقَالُ دَهْرِيٌّ لمَنْ قَال الدَّهْرُ وَأَنْكَرَ الصَّانِعَ.

وَحَكَى اللهُ تَعَالى عَنْهُمْ بِقَوْله ﴿وَمَا يُهۡلِكُنَآ إِلَّا ٱلدَّهۡرُ﴾ [الجاثية: ٢٤]، قَال ﷺ «لا تَسُبُّوا بِالدَّهْرِ فَإِنَّ الدَّهْرَ هُوَ اللهُ» فَهَذَا اسْمٌ لمْ يُوقَفْ عَلى مُرَادِ المُتَكَلمِ عِنْدَ الإِطْلاق؛ وَالتَّوَقُّفُ فِي مثْل ذَلكَ لا يَكُونُ إلا منْ كَمَال العلمِ وَالوَرَعِ.

(وَلو حَلفَ لا يُكَلمُهُ أَيَّامًا فَهُوَ عَلى ثَلاثَةِ أَيَّامٍ) لأَنَّهُ اسمُ جَمعٍ ذُكِرَ مُنَكَّرًا فَيُتَنَاوَلُ أَقَل الجَمعِ وَهُوَ الثَّلاثُ. وَلو حَلفَ لا يُكَلمُهُ الأَيَّامَ فَهُوَ عَلى عَشَرَةِ أَيَّامٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: عَلى أَيَّامِ الأسبُوعِ. وَلو حَلفَ لا يُكَلمُهُ الشُّهُورَ فَهُوَ عَلى عَشَرَةِ أَشهُرٍ عِندَهُ. وَعِندَهُمَا عَلى اثنَي عَشَرَ شَهرًا لأَنَّ اللامَ للمَعهُودِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَا، لأَنَّهُ يَدُورُ عَليهَا. وَلهُ أَنَّهُ جَمعٌ مُعَرَّفٌ فَيَنصَرِفُ إلى أَقصَى مَا يُذكَرُ بِلفظِ الجَمعِ وَذَلكَ عَشَرَةٌ (وَكَذَا الجَوَابُ عِندَهُ فِي الجُمَعِ وَالسِّنِينَ) وَعِندَهُمَا يَنصَرِفُ إلى العُمُرِ لأَنَّهُ لا مَعهُودَ دُونَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ حَلفَ لا يُكَلمُهُ أَيَّامًا فَهُوَ عَلى ثَلاثَة أَيَّامٍ) وَهُوَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الكَبِيرِ، وَذَكَرَ فِيه أَنَّهُ بِالاتِّفَاق، وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الأَيْمَانِ أَنَّهُ عَلى عَشَرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَهُ كَمَا فِي

المُعرَّف. قَال الإمَامُ الإسْبيجَابيُّ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: وَالمَذْكُورُ فِي الجَامِعِ أَصَحُّ لأَنَّهُ ذَكَرَ الأَيَّامَ بِالتَّنْكِيرِ، وَلا دَلالَةَ فِيهِ عَلى الجِنْسِ وَالعَهْدِ فَيَقَعُ عَلى أَقَلِّ الجَمْعِ وَهُوَ الثَّلاثَةُ. وَلَوْ **حَلفَ لا يُكَلِّمُهُ الأَيَّامَ** فَهُوَ عَلى عَشَرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَال: عَلى أَيَّامِ الأُسْبُوعِ.

وَالأَصْلُ أَنَّ حَرْفَ التَّعْرِيفِ إذَا دَخَل عَلى اسْمِ الجَمْعِ يَنْصَرِفُ إلى أَقْصَى مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الجَمْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ العَشَرَةُ؛ لأَنَّ النَّاسَ يَقُولُونَ فِي العُرْفِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ وَأَرْبَعَةَ أَيَّامٍ إلى عَشَرَةِ أَيَّامٍ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يَقُولُونَ: أَحَدَ عَشَرَ يَوْمًا وَمِائَةَ يَوْمٍ وَأَلفَ يَوْمٍ، فَلمَّا كَانَتْ العَشَرَةُ أَقْصَى مَا يَنْتَهِي إليْهِ لفْظُ الجَمْعِ كَانَتْ هِيَ المُرَادَةُ، بخلاف مَا إذَا **حَلفَ لا يَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ** حَيْثُ يَقَعُ اليَمِينُ عَلى الوَاحِدَةِ لتَعَذُّرِ صَرْفِهِ إلى أَقْصَى مَا يَنْتَهِي إليْهِ اسْمُ النِّسَاءِ، وَعِنْدَهُمَا يُنْظَرُ إنْ كَانَ ثَمَّةَ مَعْهُودٌ يَنْصَرِفُ إليْهِ وَإِلا يَنْصَرِفُ إلى جَمِيعِ العُمُرِ، وَفِي الأَيَّامِ المَعْهُودِ فِي عُرْفِ النَّاسِ أَيَّامُ الأُسْبُوعِ فَكَانَتْ مُرَادَةً، وَفِي الشُّهُورِ المَعْهُودُ شُهُورُ السَّنَةِ فَكَانَتْ مُرَادَةً وَهِيَ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا، وَلا مَعْهُودَ فِي الجَمْعِ وَالسِّنِينَ فَيَنْصَرِفُ يَمِينُهُ إلى جَمِيعِ العُمُرِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يَدُورُ عَليْهَا) قِيل أَيْ لأَنَّ الشُّهُورَ تَدُورُ عَلى اثْنَيْ عَشَرَ، وَكَانَ القِيَاسُ أَنْ يَقُول: لأَنَّهَا تَدُورُ عَليْهِ، وَلكِنْ أَوَّل بِالمَذْكُورِ فِي الأَوَّل وَبِالإِفْرَادِ فِي الثَّانِي.

(وَمَن قَال لعَبدِهِ إن خَدَمتَنِي أَيَّامًا كَثِيرَةً فَأَنتَ حُرٌّ فَالأَيَّامُ الكَثِيرَةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ عَشَرَةُ أَيَّامٍ) لأَنَّهُ أَكثَرُ مَا يَتَنَاوَلُهُ اسمُ الأَيَّامِ، وَقَالا: سَبعَةُ أَيَّامٍ لأَنَّ مَا زَادَ عَليهَا تَكرَارٌ. وَقِيل لو كَانَ اليَمِينُ بِالفَارِسِيَّةِ يَنصَرِفُ إلى سَبعَةِ أَيَّامٍ لأَنَّهُ يُذكَرُ فِيهَا بِلفظِ الفَردِ دُونَ الجَمعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَال لعَبْدِهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَقِيل **لوْ كَانَتْ اليَمِينُ بِالفَارِسِيَّةِ**) يَعْنِي مِثْل أَنْ يَقُول اكر خدمت كنى مراروزهاي بسيَّارِ توازادي غَرْمُ خُدِمَ سَبْعَةَ أَيَّامٍ يَنْبَغِي أَنْ يُعْتَقَ لأَنَّ فِي لسَانِنَا يُسْتَعْمَلُ فِي جَمِيعِ الأَعْدَادِ لفْظَةَ روز فَلا يَجِيءُ مَا قَال أَبُو حَنِيفَةَ فِي العَرَبِيَّةِ مِنْ انْتِهَاءِ لفْظِ الجَمْعِ إلى عَشَرَةٍ؛ فَلذَلكَ أُرِيدَ فِي العَرَبِيَّةِ أَكْثَرُ مَا يَنْطَلِقُ عَليْهِ اسْمُ الأَيَّامِ، لأَنَّ بَعْدَ ذَلكَ لا يُقَالُ أَيَّامٌ بَل يُقَالُ إحْدَى عَشَرَ يَوْمًا وَمِائَةَ يَوْمٍ

وَألف يَوْمٍ. وَقيل فِي تَعْليل المُصَنِّف نَظَرٌ لأَنَّ لفْظَ الفَرْدِ بالفَارسيَّة إمَّا أَنْ يُفهَم منْهُ مَعْنَى الجَمْعِ أَوْ لا، فَإنْ فُهِمَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ العَرَبِيُّ وَالفارسِيُّ سَوَاءً وَإنْ لَمْ يَفْهَمْ يَنْبَغِي أَنْ لا يَكُونَ الأُسْبوعُ مُرادًا أَيْضًا.

وَيُمْكنُ أَنْ يُجابَ عَنْهُ بأَنَّهُ يُفْهَمُ منْهُ مَعْنَى الجَمْعِ. وَقَوْلُهُ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ العَرَبِيُّ وَالفَارِسِيُّ سَوَاءً، قُلنَا: مَمْنُوعٌ لأَنَّ لفْظَ الفَارسِيِّ وَإنْ أَفادَ مَعْنَى الجَمْعِ لكنْ لا يَنْتَهِي إلى العَشَرَةِ وَتَخْصِيصُ أَيَّامِ الأُسْبوعِ لكَوْنِهِ المَعْهُودَ أَوْ لعَدَمِ القَائِلِ بِالفَصْلِ.

بَابُ اليَمِينِ فِي العِتقِ وَالطَّلاقِ

(وَمَن قَال لامرأتِهِ إذَا وَلدت وَلدًا فَأَنتِ طَالقٌ فَوَلدَت وَلدًا مَيّتًا طَلُقَت، وَكَذَلكَ إذَا قَال لأَمَتِهِ إذَا وَلدت وَلدًا فَأَنتِ حُرَّةٌ) لأَنَّ المَوجُودَ مَولُودٌ فَيَكُونُ وَلدًا حَقِيقَةً وَيُسَمَّى بِهِ فِي العُرفِ، وَيُعتَبَرُ وَلدًا فِي الشَّرعِ حَتَّى تَنقَضِيَ بِهِ العِدَّةُ، وَالدَّمُ بَعدَهُ نِفَاسٌ وَأَمَةُ أُمُّ وَلدٍ لهُ فَتَحَقَّقَ الشَّرطُ وَهُوَ وِلادَةُ الوَلدِ.

الشرح:

(بَابُ اليَمِينِ فِي العِتْقِ وَالطَّلاقِ): قَدَّمَ هَذَا البَابَ عَلى غَيْرِهِ لأَنَّ الحَلفَ بِهِمَا أَكْثَرُ وُقُوعًا فَكَانَ مَعْرِفَةُ أَحْكَامِه أَهَمَّ مِنْ غَيْرِهِ (وَمَنْ **قَال لامْرَأَته إذَا وَلدْت وَلدًا فَأَنْت طَالقٌ فَوَلدَتْ** وَلدًا مَيِّتًا طَلُقَتْ، وَلوْ قَال ذَلكَ لأَمَته وَعَلقَ به الحُرِّيَّةَ عَتقَتْ) لأَنَّ الشَّرْطَ وِلادَةُ الوَلد وَقَدْ تَحَقَّقَتْ لأَنَّ المَوْجُودَ مَوْلُودٌ حَقِيقَةً وَعُرْفًا وَحُكْمًا؛ أَمَّا حَقِيقَةً فَظَاهِرٌ، وَكَذَلكَ عُرْفًا لأَنَّهُ يُسَمَّى فِي العُرْف وَلدًا، وَأَمَّا شَرْعًا فَلأَنَّ الشَّرْعَ اعْتَبَرَهُ وَلدًا حَتَّى تَنْقَضِيَ بِهِ العِدَّةُ وَالدَّمُ بَعْدَهُ نفَاسٌ وَأُمُّهُ أُمُّ وَلد، وَإذَا تَحَقَّقَ الشَّرْطُ ثَبَتَ الحُكْمُ.

(وَلو قَال إذَا وَلدت وَلدًا فَهُوَ حُرٌّ فَوَلدَت وَلدًا مَيّتًا ثُمَّ آخَرَ حَيًّا عَتَقَ الحَيُّ وَحدَهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يُعتَقُ وَاحِدٌ مِنهُمَا) لأَنَّ الشَّرطَ قَد تَحَقَّقَ بِوِلادَةِ المَيِّتِ عَلى مَا بَيَّنَّا فَتَنحَلُّ اليَمِينُ لا إلى جَزَاءٍ لأَنَّ المَيِّتَ ليس بِمَحَلٍّ للحُرِّيَّةِ وَهِيَ الجَزَاءُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مُطلقَ اسمِ الوَلدِ مُقَيَّدٌ بِوَصفِ الحَيَاةِ لأَنَّهُ قَصَدَ إثبَاتَ الحُرِّيَّةِ جَزَاءً وَهِيَ قُوَّةٌ حُكمِيَّةٌ تَظهَرُ فِي دَفعِ تَسَلُّطِ الغَيرِ وَلا تَثبُتُ فِي المَيِّتِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصفِ الحَيَاةِ فَصَارَ كَمَا إذَا قَال إذَا وَلدت وَلدًا حَيًّا، بِخِلافِ جَزَاءِ الطَّلاقِ وَحُرِّيَّةِ الأُمِّ لأَنَّهُ لا يَصلحُ مُقَيِّدًا.

الشرح:

(وَلوْ قَال إذَا وَلدْت وَلدًا فَهُوَ حُرٌّ فَوَلدَتْ وَلدًا مَيِّتًا ثُمَّ آخَرَ حَيًّا عَتَقَ الحَيُّ

وَحْدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ بِوِلادَةِ المَيِّتِ عَلى مَا بَيَّنَّا) أَنَّ المَوْجُودَ مَوْلُودٌ إلخ لكِنْ المَيِّتُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا للحُرِّيَّةِ انْحَلتْ اليَمينُ لكِنْ لا إلى جَزَاءٍ كَمَا لوْ قَال لامْرَأَته إنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَدَخَلتْ الدَّارَ بَعْدَمَا أَبَانَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا تَنْحَلُّ اليَمِينُ لا إلى جَزَاءٍ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الوَلدِ مُقَيَّدٌ بِوَصْفِ الحَيَاةِ) يَعْنِي أَنَّ الوَلدَ وَإِنْ كَانَ مُطْلَقًا فِي اللفْظِ لكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِوَصْفِ الحَيَاةِ دَلالةً؛ لأَنَّهُ قَصَدَ إثْبَاتَ الحُرِّيَّةِ لهُ جَزَاءً وَالمَيِّتُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لهَا فَصَارَ كَمَا لوْ قَال إذَا وَلدْت وَلدًا حَيًّا وَلَمْ يُوجَدْ، بِخِلافِ جَزَاءِ الطَّلاقِ وَحُرِّيَّةِ الأُمِّ لأَنَّهُ أَيْ الجَزَاءُ لا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا لاسْتِغْنَائِهِمَا عَنْ حَيَاةِ الوَلدِ فَلَمْ يَكُنْ الشَّرْطُ إلا وِلادَةَ الوَلدِ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ عَلى مَا بَيَّنَّا.

وَاسْتُشْكِل بِمَا لوْ قَال إذَا اشْتَرَيْت عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدًا لغَيْرِهِ انْحَلتْ يَمِينُهُ، حَتَّى لوْ اشْتَرَى بَعْدَ ذَلكَ عَبْدًا لنَفْسِهِ لَمْ يُعْتَقْ مَعَ أَنَّهُ جَعَل شِرَاءَ العَبْدِ شَرْطًا لحُرِّيَّتِهِ وَعَبْدُ الغَيْرِ لَيْسَ مَحَلًّا للحُرِّيَّةِ عَنْ المُشْتَرِي لعَدَمِ مِلكِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الإِضْمَارَ إنَّمَا يَكُونُ لتَصْحِيحِ الكَلامِ، وَالحَاجَةُ إلى إضْمَارِ المِلكِ لتَصْحِيحِهِ لَيْسَتْ كَالحَاجَةِ إلى إضْمَارِ الحَيَاةِ لأَنَّ الحُرِّيَّةَ بِدُونِ الحَيَاةِ لا تُتَصَوَّرُ أَصْلاً، وَفِي مِلكِ الغَيْرِ تُتَصَوَّرُ مَوْقُوفَةً عَلى الإِجَازَةِ فَلا يَلزَمُ مِنْ وُجُوبِ إضْمَارِ الحَيَاةِ إضْمَارُ المِلكِ.

(وَإِذَا قَال أَوَّلُ عَبدٍ أَشتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ فَاشتَرَى عَبداً عَتَقَ) لأَنَّ الأَوَّل اسمٌ لفَردٍ سَابِقٍ (فَإِن اشتَرَى عَبدَينِ مَعًا ثُمَّ آخَرَ لم يُعتَق وَاحِدٌ مِنهُم) لانعِدَامِ التَّفَرُّدِ فِي الأَوَّلينِ وَالسَّبَقِ فِي الثَّالثِ فَانعَدَمَت الأَوَّليَّةُ (وَإِن قَال أَوَّلُ عَبدٍ أَشتَرِيه وَحدَهُ فَهُوَ حُرٌّ عَتَقَ الثَّالثُ) لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّفَرُّدُ فِي حَالةِ الشِّرَاءِ لأَنَّ وَحدَهُ للحَال لُغَةً وَالثَّالثُ سَابِقٌ فِي هَذَا الوَصفِ (وَإِن قَال آخِرُ عَبدٍ أَشتَرِيه فَهُوَ حُرٌّ فَاشتَرَى عَبداً ثُمَّ مَاتَ لم يُعتَق) لأَنَّ الآخَرَ اسمٌ لفَردٍ لاحِقٍ وَلا سَابِقَ لهُ فَلا يَكُونُ لاحِقًا (وَلو اشتَرَى عَبداً ثُمَّ عَبداً ثُمَّ مَاتَ عَتَقَ الآخَرُ) لأَنَّهُ فَردٌ لاحِقٌ فَاتَّصَفَ بِالآخِرِيَّةِ (وَيُعتَقُ يَومَ اشتَرَاهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ حَتَّى يُعتَبَرَ مِن جَمِيعِ المَال، وَقَالا: يُعتَقُ يَومَ مَاتَ) حَتَّى يُعتَبَرَ مِن الثُّلُثِ لأَنَّ الآخِرِيَّةَ لا تَثبُتُ إلا بِعَدَمِ شِرَاءِ غَيرِهِ بَعدَهُ وَذَلكَ يَتَحَقَّقُ بِالمَوتِ فَكَانَ الشَّرطُ مُتَحَقِّقًا عِندَ المَوتِ فَيُقتَصَرُ عَليهِ.

وَلأبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المَوتَ مُعَرِّفٌ فَأَمَّا اتِّصَافُهُ بِالآخِرِيَّةِ فَمِن وَقتِ الشِّرَاءِ فَيَثبُتُ مُستَنِدًا، وَعَلى هَذَا الخِلافِ تَعلِيقُ الطَّلَقَاتِ الثَّلاثِ بِهِ، وَفَائِدَتُهُ تَظهَرُ فِي جَرَيَانِ الإِرثِ وَعَدَمِهِ.

الشرح:

(وَلَوْ قَال **أَوَّلُ عَبْدٍ أَشْتَرِيه فَهُوَ حُرٌّ**) عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ أَوَّلُ عَبْدٍ أَشْتَرِيه وَحْدَهُ وَهِيَ مِنْ مَسَائِلِ الجَامِعِ الكَبِيرِ. وَاسْتُشْكِل بِمَا لوْ **قَال أَوَّلُ عَبْدٍ أَمْلِكُهُ وَاحِدًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعًا ثُمَّ اشْتَرَى آخَرَ** لا يُعْتَقُ الثَّالثُ مَعَ أَنَّ مَعْنَى التَّفَرُّدِ فِيهِمَا عَلى طَرِيقَةٍ وَاحِدَةٍ؛ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ وَاحِدًا يَقْتَضِي نَفْيَ المُشَارَكَةِ فِي الذَّاتِ، وَوَحْدَهُ يَقْتَضِيه فِي الفِعْلِ المَقْرُونِ به دُونَ الذَّاتِ وَلِهَذَا صَدَقَ الرَّجُلُ فِي قَوْلِه فِي الدَّارِ رَجُلٌ وَاحِدٌ وَإِنْ كَانَ مَعَهُ فِيهَا صَبِيٌّ أَوْ امْرَأَةٌ وَكَذَبَ فِي ذَلكَ إِذَا قَال وَحْدَهُ. وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ قُلنَا: إِذَا قَال وَاحِدًا أَنَّهُ أَضَافَ العِتْقَ إِلى أَوَّلِ عَبْدٍ مُطْلقٍ لأَنَّ قَوْلهُ وَاحِدًا لمْ يُفِدْ أَمْرًا زَائِدًا عَلى مَا أَفَادَهُ لفظُ أَوَّلُ فَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِه، وَإِذَا قَال وَحْدَهُ فَقَدْ أَضَافَ العِتْقَ إِلى أَوَّلِ عَبْدٍ لا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِي التَّمَلُّكِ وَالثَّالثُ بِهَذِه الصِّفَة فَيُعْتَقُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَال آخِرُ عَبْدٍ أَشْتَرِيه فَهُوَ حُرٌّ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَيُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ المَال) يَعْنِي إِذَا كَانَ اشْتَرَاهُ فِي الصِّحَّةِ وَقَوْلُهُ (حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنْ ثُلُثِ المَال) يَعْنِي عَلى كُل حَال لأَنَّ شَرْطَ العِتْقِ آخِرِيَّةُ العَبْدِ المُشْتَرَى وَهِيَ لا تَثْبُتُ إِلا بِعَدَمِ شِرَاءِ غَيْرِه بَعْدَهُ وَعَدَمُ شِرَاءِ غَيْرِه يَتَحَقَّقُ بِالمَوْتِ فَكَانَ الشَّرْطُ مُتَحَقِّقًا عِنْدَهُ فَيَقْتَصِرُ عَليْه. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المَوْتَ مُعَرِّفٌ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ لمَّا اشْتَرَى الثَّانِيَ بَعْدَ الأَوَّلِ تَثْبُتُ صِفَةُ الآخِرِيَّةِ فِيه، لكِنْ كَانَتْ بِعَرَضِيَّةِ أَنْ يَزُول بِشِرَاءِ غَيْرِه فَلا يُحْكَمُ بِعِتْقِه مَا لمْ يَتَيَقَّنْ؛ فَإِذَا مَاتَ وَلمْ يَشْتَرِ غَيْرَهُ عَرَفْنَا تَقَرُّرَ صِفَةِ الآخِرِيَّةِ عَليْه فَيُعْتَقُ مِنْ ذَلكَ الوَقْتِ، كَمَا لوْ **قَال لأَمَتِه إِذَا حِضْتِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَرَأَتْ الدَّمَ** لا تُعْتَقُ لجَوَازِ أَنْ يَنْقَطِعَ الدَّمُ فِيمَا دُونَ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ، فَإِذَا اسْتَمَرَّ بِهَا الدَّمُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ عَتَقَتْ مِنْ حِينِ رَأَتْ لأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ مَا رَأَتْهُ كَانَ حَيْضًا حِينَ رَأَتْ الدَّمَ، إِلى هَذَا أَشَارَ الإِمَامُ السَّرَخْسِيُّ، ذَكَرَهُ فِي النِّهَايَةِ؛ وَفِيه تَسَامُحٌ لأَنَّ مَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ مِنْ بَابِ الاسْتِنَادِ وَمَا مَثَّل بِه مِنْ بَابِ التَّبْيِينِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال الغَرَضُ مِنَ التَّمْثِيلِ بَيَانُ عَدَمِ الاقْتِصَارِ وَالاسْتِنَادُ وَالتَّبْيِينُ فِي ذَلكَ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَا الخِلافِ تَعْلِيقُ الطَّلقَاتِ الثَّلاثِ بِهِ) أَيْ بِوَصْفِ الآخِرِيَّةِ كَمَا إِذَا **قَال آخِرُ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ**

طَالِقٌ ثَلاثًا فَتَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ امْرَأَةً ثُمَّ مَاتَ عِنْدَهُمَا يَقَعُ الطَّلاقُ مَقْصُورًا عَلى المَوْتِ حَتَّى تَسْتَحِقَّ المِيرَاثَ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَقَعُ مُسْتَنِدًا إلى وَقْتِ التَّزَوُّجِ فَلا تَسْتَحِقُّهُ، وَفَائِدَةُ التَّقْيِيدِ بِالثَّلاثِ جَازَ أَنْ يَكُونَ بَيَانَ الطَّلاقِ البَائِنِ فَإِنَّ بِهِ يَكُونُ الزَّوْجُ فَارًّا وَتَرِثُ المَرْأَةُ عِنْدَهُمَا.

(وَمَن قَال كُلُّ عَبدٍ بَشَّرَنِي بِولادَةِ فُلانَةَ فَهُوَ حُرٌّ فَبَشَّرَهُ ثَلاثَةٌ مُتَفَرِّقِينَ عَتَقَ الأَوَّلُ) لأَنَّ البِشَارَةَ اسمٌ لخَبَرٍ يُغَيِّرُ بَشَرَةَ الوَجهِ، وَيُشتَرَطُ كَونُهُ سَارًّا بِالعُرفِ، وَهَذَا إنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِن الأَوَّل (وَإن بَشَّرُوهُ مَعًا عَتَقُوا) لأَنَّهَا تَحَقَّقَت مِن الكُل.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ قَال **كُلُّ عَبْدٍ بَشَّرَنِي بِولادَةِ فُلانَةَ**) البِشَارَةُ اسْمٌ لِخَبَرٍ غَابَ عَنْ المُخْبَرِ عِلمُهُ وَقَدْ يَكُونُ بِالخَيْرِ وَقَدْ يَكُونُ بِالشَّرِّ إلا أَنَّهُ فِي العُرْفِ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا يَسُرُّ وَيَنْفِي الحُزْنَ وَيَتَحَقَّقُ مِنْ وَاحِدٍ فَأَكْثَرَ؛ فَإِذَا قَال كُلُّ عَبْدٍ بَشَّرَنِي بِولادَةِ فُلانَةَ (فَبَشَّرَهُ ثَلاثَةٌ) فَإِنْ أَخْبَرُوهُ مَعًا عَتَقُوا لأَنَّ البِشَارَةَ حَصَلتْ مِنْهُمْ، قَال اللهُ تَعَالى ﴿وَبَشَّرُوهُ بِغُلَٰمٍ عَلِيمٍ﴾ [الذاريات: ٢٨] وَإِنْ أَخْبَرُوا مُتَفَرِّقِينَ وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ عَتَقَ الأَوَّلُ لأَنَّ البِشَارَةَ حَصَلتْ مِنْهُ، وَيُعَضِّدُهُ مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّ بِابْنِ مَسْعُودٍ وَهُوَ يَقْرَأُ القُرْآنَ فَقَال: **مَنْ أَحَبَّ أَنْ يَقْرَأَ القُرْآنَ غَضًّا طَرِيًّا كَمَا أُنْزِل فَلْيَقْرَأْهُ بِقِرَاءَةِ ابْنِ أُمِّ عَبْدٍ**، فَابْتَدَرَ إِلَيْهِ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا لِلبِشَارَةِ، فَسَبَقَ أَبُو بَكْرٍ عُمَرَ بِهَا، وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ إِذَا ذَكَرَ ذَلِكَ يَقُولُ بَشَّرَنِي أَبُو بَكْرٍ وَأَخْبَرَنِي عُمَرُ» وَإِنْ قَال **إِنْ اشْتَرَيْت فُلانًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ** لَمْ يُجْزِهِ لأَنَّ الشَّرْطَ: أَيْ شَرْطَ الخُرُوجِ عَنْ عُهْدَةِ التَّكْفِيرِ قِرَانُ نِيَّةِ التَّكْفِيرِ بِعِلةِ العِتْقِ وَهِيَ اليَمِينُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ وَلَمْ يُوجَدْ، وَإِنَّمَا وُجِدَ عِنْدَ الشِّرَاءِ وَهُوَ شَرْطُ العِتْقِ لا عِلتُهُ فَلا يَكُونُ مُفِيدًا، حَتَّى لوْ كَانَتْ النِّيَّةُ مُقَارِنَةً لِليَمِينِ أَجْزَأَهُ عَنْ الكَفَّارَةِ، وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ أَجْزَأَهُ عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الأَوَّلُ. وَوَجْهُ قَوْلِهِمْ أَنَّ النِّيَّةَ تُشْتَرَطُ عِنْدَ العِلةِ وَالشِّرَاءُ شَرْطُ العِتْقِ لا عِلتُهُ، وَإِنَّمَا العِلةُ هِيَ القَرَابَةُ فَلا تُفِيدُ النِّيَّةُ عِنْدَ الشِّرَاءِ.

(وَلو قَال إن اشتَرَيت فُلانًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشتَرَاهُ يَنوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ لم يَجُز) لأَنَّ الشَّرطَ قِرَانُ النِّيَّةِ بِعِلةِ العِتقِ وَهِيَ اليَمِينُ، فَأَمَّا الشِّرَاءُ فَشَرطُهُ (وَإِن اشتَرَى أَبَاهُ يَنوِي

عَن كفَّارَةِ يَمِينِهِ أَجزَأَهُ عِندَنَا) خِلافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ. لهُمَا أَنَّ الشِّرَاءَ شَرطُ العِتقِ، فَأَمَّا العِلةُ فَهِيَ القَرَابَةُ وَهذَا لأَنَّ الشِّرَاءَ إِثبَاتُ المِلكِ وَالإِعتَاقُ إِزَالتُهُ وَبَينَهُمَا مُنَافَاةٌ. وَلنَا أَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إِعتَاقٌ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لن يَجزِيَ وَلدٌ وَالدَهُ إِلا أَن يَجِدَهُ مَملُوكًا فَيَشتَرِيهِ فَيُعتِقَهُ»[1] جَعَل نَفسَ الشِّرَاءِ إِعتَاقًا لأَنَّهُ لا يُشتَرَطُ غَيرُهُ وَصَارَ نَظِيرُ قَولهِ سَقَاهُ فَأَروَاهُ.

الشرح:

(وَهَذَا) أَيْ كَوْنُ الشِّرَاءِ شَرْطًا لا علةً لأَنَّ الشِّرَاءَ إِثْبَاتُ الملك وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَالإِعْتَاقُ لَيْسَ إِثْبَاتًا للملك؛ لأَنَّهُ إِزَالتُهُ فَكَانَ بَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ فَلا يَكُونُ الشِّرَاءُ إِعْتَاقًا. وَلَنَا أَنَّ شرَاءَ القَرِيبِ إعْتَاقٌ لقَوْله ﷺ «**لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالدَهُ إِلا أَنْ يَجدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ**» وَوَجْهُ الاسْتِدْلال مَا ذَكَرَهُ بقَوْله جَعَلَ نَفْسَ الشِّرَاءِ إِعْتَاقًا لأَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِطْ غَيْرَهُ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ نَظِيرَ قَوْله سَقَاهُ فَأَرْوَاهُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ عَطَفَ الإِعْتَاقَ عَلى الشِّرَاءِ بالفَاءِ وَهُوَ يَقْتَضِي التَّرَاخِيَ بزَمَانٍ فِي كَلامِ العَرَبِ وَإِنْ لطَفَ فَلا يَكُونُ نَفْسَهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الفعْل إذَا عُطفَ عَلى فعْلٍ آخَرَ بالفَاء كَانَ الثَّاني ثَابتًا بالأَوَّل فِي كَلامِ العَرَبِ؛ يُقَالُ: ضَرَبَهُ فَأَوْجَعَهُ وَأَطْعَمَهُ فَأَشْبَعَهُ وَسَقَاهُ فَأَرْوَاهُ: أَيْ بذَلكَ الفعْل لا بغَيْره. وَفيه بَحْثٌ وَهُوَ أَنَّ شرَاءَ القَرِيب هَل يُثْبتُ الملكَ للمُشْتَري القَرِيب أَوْ لا؟ فَإِنْ أَثْبَتَهُ لا يُزِيلُهُ لأَنَّ المُثْبَتَ بعَيْنه لا يَكُونُ مُزِيلا، وَإِنْ لَمْ يُثْبتْهُ لا يُعْتَقُ عَليْه لأَنَّهُ لا عتْقَ فيمَا لا يَمْلكُهُ ابْنُ آدَمَ. لا يُقَالُ: شرَاءُ القَرِيب يُثْبتُ الملكَ لكنْ ثُبوتُ الملك في تَقْرِيب إعْتَاق لأَنَّ الإِعْتَاقَ إِزَالةُ الملك وَكَوْنُ ثُبوت الشَّيْءِ إِزَالةً لهُ مُحَالٌ بالبَديهَة.

وَلا يُقَالُ: شرَاءُ القَرِيب إعْتَاقٌ بوَاسطَة مُوجبه وَهُوَ ثُبوتُ الملك لأَنَّهُ أَشَدُّ اسْتحَالةً لأَنَّهُ يَلزَمُ أَنْ يَكُونَ مُثْبتُ الشَّيْءِ وَنَفْسُ ثُبوته إزَالةً لهُ. وَالجَوَابُ أَنَّ قَوْلهُمْ ثُبوتُ الملك في القَرِيب إعْتَاقٌ مَعْنَاهُ أَنَّ الشَّرْعَ أَخْرَجَ القَرِيبَ عَنْ مَحَليَّة الملك بَقَاءً كَمَا أَنَّهُ أَخْرَجَ الحُرَّ عَنْ مَحَليَّته ابْتدَاءً وَبَقَاءً، وَهَذَا لأَنَّ العتْقَ لا يَقَعُ إلا في الملك، فَلوْ لَمْ يَقُل بثُبوت الملك ابْتدَاءً لَمْ يُتَصَوَّرْ زَوَالُهُ، وَمَنْ **قَال لأَمَة قَدْ اسْتَوْلدَهَا بالنِّكَاحِ إِنْ اشْتَرَيْتُك فَأَنْت حُرَّةٌ عَنْ كَفَّارَة يَمِيني** فَإِنَّهَا تُعْتَقُ لوُجُود الشَّرْط، وَلا يَجْزِيه عَنْ

---

(١) أخرجه مسلم في العتق (٢٥).

الكَفَّارَة لأَنَّ حُرِّيَّتهَا مُسْتَحَقَّةٌ بالاسْتيلاد فَلا تُضَافُ إلى اليَمين منْ كُل وَجْه، وَالوَاجبُ باليَمين مَا يَسْتَحقُّ حُرِّيَّتَهُ بهَا منْ كُل وَجْه. وَلقَائل أنْ يَقُول: القَريبُ مُسْتَحقٌّ للعتْق بالقَرَابَة كَمَا أنَّ أُمَّ الوَلد مُسْتَحقَّةٌ لهُ بالاسْتيلاد فَمَا بَالُهَا لَمْ تُعْتَقْ إذَا اشْتَرَاهَا بنيَّة الكَفَّارَة بَعْدَ التَّعْليق كَمَا عَتَقَ القَريبُ. وَالجَوَابُ أَنَّ الاسْتيلادَ فعْلٌ اخْتيَاريٌّ منْ جهَة المُسْتَوْلد فَكَانَتْ الحُرِّيَّةُ منْ جهَتَيْن: جهَة الاسْتيلاد وَالشِّرَاء فَلَمْ يَقَعْ عَنْ الكَفَّارَة منْ كُل وَجْه، بخلاف القَرَابَة فَإنَّهَا لَيْسَتْ كَذَلكَ فَلَمْ يَكُنْ منْ جهَة القَريب جهَةٌ في حُرِّيَّته سوَى الشِّرَاء، فَإذَا اشْتَرَاهُ نَاويًا للكَفَّارَة كَانَتْ الحُرِّيَّةُ عَنْ الكَفَّارَة منْ كُل وَجْه.

(وَلو اشتَرَى أمَّ وَلدِهِ لم يُجزِهُ) وَمَعنَى هَذِهِ المَسأَلَةِ أَن يَقُول لأمَةٍ قَد استَولدَهَا بِالنِّكَاحِ: إن اشتَرَيتُك فَأَنتِ حُرَّةٌ عَن كَفَّارَةِ يَمِينِي ثُمَّ اشتَرَاهَا فَإنَّهَا تُعتَقُ لوُجُودِ الشَّرطِ وَلا يَجزِيه عَن الكَفَّارَةِ لأَنَّ حُرِّيَّتَهَا مُستَحَقَّةٌ بِالاستِيلادِ فَلا تَنضَافُ إلى اليَمِينِ مِن كُل وَجهٍ، بِخِلافِ مَا إذَا قَال لقِنَّةٍ إن اشتَرَيتُك فَأَنتِ حُرَّةٌ عَن كَفَّارَةِ يَمِينِي حَيثُ يَجزِيه عَنهَا إذَا اشتَرَاهَا لأَنَّ حُرِّيَّتَهَا غَيرُ مُستَحَقَّةٍ بِجِهَةٍ أُخرَى فَلم تَختَل الإِضَافَةُ إلى اليَمِينِ وَقَد قَارَنَتهُ النِّيَّةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بخلاف مَا إذَا) (قَال لقنَّة) ظَاهرٌ.

(وَمَن) (قَال إن تَسَرَّيت جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ) فَتَسَرَّى جَارِيَةً كَانَت فِي مِلكِهِ عَتَقَت لأَنَّ اليَمِينَ انعَقَدَت فِي حَقِّهَا لمُصَادَفَتِهَا المِلكَ وَهَذَا لأَنَّ الجَارِيَةَ مُنَكَّرَةٌ فِي هَذَا الشَّرطِ فَتَتَنَاوَلُ كُل جَارِيَةٍ عَلى الانفِرَادِ (وَإن اشتَرَى جَارِيَةً فَتَسَرَّاهَا لم تُعتَق) خِلافًا لزُفَرَ فَإنَّهُ يَقُولُ: التَّسَرِّي لا يَصِحُّ إلا فِي المِلكِ فَكَانَ ذِكرُهُ ذِكرَ المِلكِ وَصَارَ كَمَا إذَا قَال لأَجنَبِيَّةٍ إن طَلَّقتُك فَعَبدِي حُرٌّ يَصِيرُ التَّزَوُّجُ مَذكُورًا. وَلنَا أَنَّ المِلكَ يَصِيرُ مَذكُورًا ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّسَرِّي وَهُوَ شَرطٌ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِهِ وَلا يَظهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الجَزَاءِ وَهُوَ الحُرِّيَّةُ، وَفِي مَسأَلةِ الطَّلاقِ إنَّمَا يَظهَرُ فِي حَقِّ الشَّرطِ دُونَ الجَزَاءِ، حَتَّى لو قَال لهَا إن طَلَّقتُك فَأَنتِ طَالقٌ ثَلاثًا فَتَزَوَّجَهَا وَطَلقَهَا وَاحِدَةً لا تَطلُقُ ثَلاثًا فَهَذِهِ وِزَانُ مَسأَلتِنَا.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ قَال إنْ تَسَرَّيْت جَاريَةً فَهيَ حُرَّةٌ) مَعْنَى تَسَرَّيْت اتَّخَذَتْ سُرِّيَّةً،

وَهِيَ فِعْلِيَّةٌ مَنْسُوبَةٌ إلى السِّرِّ وَهُوَ الجِمَاعُ أَوْ الإِخْفَاءُ لأَنَّ الإِنْسَانَ يُسِرُّهُ، وَإِنَّمَا ضُمَّتْ سِينُهُ لأَنَّ الأَبْنِيَةَ قَدْ تَتَغَيَّرُ فِي النِّسْبَةِ كَمَا قَالُوا فِي النِّسْبَةِ إلى الدَّهْرِ دُهْرِيٌّ بِضَمِّ الدَّالِ لِلمُعَمَّرِ. وَالتَّسَرِّي عِبَارَةٌ عَنْ التَّحْصِينِ وَالجِمَاعِ طَلَبَ الوَلَدَ أَوْ لَمْ يَطْلُبْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا بُدَّ مِنْ طَلَبِ الوَلَدِ مَعَ ذَلِكَ حَتَّى لَوْ وَطِئَهَا وَعَزَلَ عَنْهَا لا يَكُونُ تَسَرِّيًا عِنْدَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَسْتَلْزِمْ مِلْكَ الرَّقَبَةِ، وَإِنَّمَا يَسْتَلْزِمُ مِلْكَ الْمُتْعَةِ سَوَاءٌ كَانَ بِالنِّكَاحِ أَوْ بِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، فَإِذَا قَالَ إِنْ تَسَرَّيْت جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ (فَتَسَرَّى جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ عَتَقَتْ لأَنَّ اليَمِينَ انْعَقَدَتْ فِي حَقِّهَا لِمُصَادَفَتِهَا المِلْكَ) وَكُلُّ مَا انْعَقَدَ فِي حَقِّهِ اليَمِينُ إِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ فِيهِ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ الجَزَاءُ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا لأَنَّ الجَارِيَةَ) تَوْضِيحٌ لانْعِقَادِ اليَمِينِ فِي حَقِّهَا (وَإِنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَتَسَرَّاهَا لَمْ تُعْتَقْ خِلافًا لِزُفَرَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: التَّسَرِّي لا يَصِحُّ إلا فِي المِلْكِ، فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرَ المِلْكِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا **قَالَ لأَجْنَبِيَّةٍ إِنْ طَلَّقْتُك فَعَبْدِي حُرٌّ** يَصِيرُ التَّزَوُّجُ مَذْكُورًا).

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا قَوْلٌ بِالاقْتِضَاءِ وَزُفَرُ لا يَقُولُ بِالاقْتِضَاءِ. أُجِيبَ بِأَنَّ إِثْبَاتَ المِلْكِ هَاهُنَا بِدَلالَةِ اللفْظِ لا بِالاقْتِضَاءِ، وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الثَّابِتَ دَلالَةً مَا يَكُونُ مَفْهُومًا مِنْ اللفْظِ بِلا تَأَمُّلٍ وَاجْتِهَادٍ كَمَا كَانَ النَّهْيُ عَنْ الضَّرْبِ وَالشَّتْمِ وَسَائِرِ الأَفْعَالِ المُؤْذِيَةِ مَفْهُومًا مِنْ النَّهْيِ عَنْ التَّأْفِيفِ، وَلا كَذَلِكَ المُقْتَضِي لأَنَّ المُقْتَضِيَ لا يُفْهَمُ مِنْ ذِكْرِ المُقْتَضَى، ثُمَّ إِذَا قِيلَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ عِنْدَ فُلانٍ سُرِّيَّةٌ يُرَادُ بِهَا جَارِيَةٌ مَمْلُوكَةٌ مِنْ غَيْرِ تَأَمُّلٍ، فَلَمَّا كَانَ المِلْكُ مَفْهُومًا مِنْ التَّسَرِّي بِلا تَأَمُّلٍ وَاجْتِهَادٍ كَانَ المِلْكُ ثَابِتًا بِطَرِيقِ الدَّلالَةِ لا بِطَرِيقِ الاقْتِضَاءِ، هَكَذَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ وَبَقِيَّةُ الشَّارِحِينَ.

وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الثَّابِتَ بِالدَّلالَةِ هُوَ مَا يَكُونُ بِطَرِيقِ إِلْحَاقِ صُورَةٍ بِأُخْرَى بِأَمْرٍ جَامِعٍ كَالضَّرْبِ المُلْحَقِ بِالتَّأْفِيفِ بِوَاسِطَةِ الأَذَى؛ وَلِهَذَا ذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ إلى أَنَّ الدَّلالَةَ قِيَاسٌ لِوُجُودِ أَصْلٍ وَفَرْعٍ وَعِلَةٍ جَامِعَةٍ بَيْنَهُمَا، وَالمِلْكُ مِنْ التَّسَرِّي لَيْسَ كَذَلِكَ.

وَأَقُولُ: هَذَا اللفْظُ يُسْتَعْمَلُ فِي العُرْفِ بِمَعْنَى إِنْ وَطِئْت مَمْلُوكَةً لِي فَكَانَتْ الدَّلالَةُ بِطَرِيقِ العِبَارَةِ مَجَازًا. أَوْ نَقُولُ هَذَا الحُكْمُ إِذَا ثَبَتَ عَنْ زُفَرَ وَلَمْ يَقُل بِالاقْتِضَاءِ كَانَ مُنَاقِضًا فَكَفَيْنَا مَئُونَةَ الجِدَالِ مَعَهُ (وَلَنَا أَنَّ المِلْكَ يَصِيرُ مَذْكُورًا ضَرُورَةَ صِحَّةِ

التَّسَرِّي) وَتَقْرِيرُهُ: سَلمْنَا أَنَّ ذِكْرَهُ ذِكْرُ الملك، وَلكِنْ بِطَرِيقِ الاقْتضَاءِ ضَرُورَةَ صحَّة التَّسَرِّي لكَوْنه شَرْطًا، وَمَا يَثْبُتُ بِالضَّرُورَة يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا (وَلا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صحَّة الجَزَاءِ وَهُوَ الحُرِّيَّةُ) لأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ لوَازِمِ الملكِ الثَّابت اقْتضَاءً وَقَوْلُهُ (وَفِي مَسْأَلة الطَّلاقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله كَمَا إذَا قَال لأَجْنَبِيَّة.

وَتَقْرِيرُهُ مَا ذَكَرْت مِنْ المَسْأَلة المَذْكُورَة فَالأَمْرُ فِيه كَذَلكَ لأَنَّهُ ثَبتَ فِيهَا ملكُ النِّكَاحِ ضَرُورَةَ صحَّة الشَّرْط الذي هُوَ الطَّلاقُ وَلا يَتَعَدَّى إلى صحَّة الجَزَاء (حَتَّى لوْ **قَال لهَا إنْ طَلقْتُك فَأَنْت طَالقٌ ثَلاثًا فَتزَوَّجهَا وَطَلقهَا** لا تَطْلُقُ ثَلاثًا فَهَذه وزَانُ مَسْأَلتنَا) منْ حَيْثُ إنَّ فِي كُلٍّ مِنْهُمَا ثَبتَ شَرْطُ الشَّرْط لصحَّة الشَّرْط وَلا يَتَعَدَّى إلى صحَّة الجَزَاء، وَأَمَّا وِزَانُ مَسْأَلة زُفَرَ فَهُوَ أَنْ **يَقُول إنْ تَسَرَّيْت جَارِيَةً فَعَبْدِي حُرٌّ فَاشْتَرَى جَارِيَةً فَتَسَرَّى بِهَا** عَتَقَ العَبْدُ لقيَامِ الملكِ فِي الحَال فِي العَبْد فَيَصحُّ تَعْليقُ عتْقه بشَرْط سَيُوجَدُ.

(وَمَن قَال كُلُّ مَملُوكٍ لي حرٌّ تُعتَقُ أُمَّهَاتُ أَولادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ وَعَبِيدُهُ) لوُجُودِ الإضَافَةِ المُطلقَةِ فِي هَؤُلاءِ، إذ المِلكُ ثَابِتٌ فِيهِم رَقَبَةً وَيَدًا (وَلا يُعتَقُ مُكَاتَبُوهُ إلا أن يَنوِيَهُم) لأنَّ المِلكَ غَيرُ ثَابِتٍ يَدًا وَلهَذَا لا يَملكُ أَكسَابَهُ وَلا يَحِلُّ لهُ وَطءُ المُكَاتَبَةِ، بِخِلافِ أمِّ الوَلدِ وَالمُدَبَّرَةِ فَاختَلت الإِضَافَةُ فَلا بُدَّ مِن النِّيَّةِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَال **كُلُّ مَمْلُوك لي حُرٌّ** عَتَقَ أُمَّهَاتُ أَوْلاده وَمُدَبَّرُوهُ وَعَبِيدُهُ لوُجُود الإضَافَة المُطْلقَة فِي هَؤُلاء) يَعْنِي أَنَّ كُل وَاحد مِنْ هَؤُلاء فِي الإِضَافَة إلى نَفْسه بقَوْله لي كَاملٌ (إذْ الملكُ ثَابتٌ فِيهِمْ رَقَبَةً وَيَدًا) وَإِذَا كَانَ الملكُ كَذَلكَ دَخَلُوا تَحْتَ كَلمَة كُل فَيُعْتَقُونَ، وَإِنْ قَال أَرَدْت الرِّجَال خَاصَّةً صَدَقَ دِيَانَةً خَاصَّةً، أَمَّا تَصْدِيقُهُ دِيَانَةً فَلأَنَّ لفْظَ المَمْلُوك وُضعَ للمُذَكَّر، وَأَمَّا عَدَمُ تَصْديقه قَضَاءً فَلأَنَّهُمْ عنْدَ الاخْتلاط يُسْتَعْمَلُ فِيهِمْ لفْظُ المُذَكَّرِ عُرْفًا، وَلوْ نَوَى الإنَاثَ لغَتْ نيَّتُهُ، وَإِنْ قَال لمْ أَنْوِ المُدَبَّرِينَ لمْ يَصْدُقْ فِي القَضَاءِ عَلى رِوَايَة كتَابِ العَتَاقِ وَلمْ يَصْدُقْ لا قَضَاءً وَلا دِيَانَةً عَلى رِوَايَة كتَاب الأَيْمَان فَفِيه رِوَايَتَان (وَلا يُعْتَقُ مُكَاتَبُوهُ إلا أَنْ يَنْوِيَهُمْ لأَنَّ الملكَ غَيْرُ ثَابت يَدًا وَلهَذَا لا يَمْلكُ أَكْسَابَهُ وَلا يَحِلُّ لهُ وَطْءُ) الأَمَة (المُكَاتَبَة) فَكَانَ المُكَاتَبُ مَمْلُوكًا مِنْ وَجْه دُونَ

وَجْه (بِخِلاف أُمِّ الوَلدِ وَالمُدَبَّرَة فَاخْتَلتْ الإضَافَةُ فَلا بُدَّ مِنْ النِّيَّة).

(وَمَن قَال لنِسوَةٍ لهُ هَذِهِ طَالقٌ أَو هَذِهِ وَهَذِهِ طَلُقَت الأخِيرَةُ وَلهُ الخِيَارُ فِي الأوَّليِّين) لأنَّ كَلمَة أَو لإثبَاتِ أَحَدِ المَذكُورِين وَقَد أدخلهَا بَينَ الأوَّليِّينِ ثُمَّ عَطفَ الثَّالثَة عَلى المُطَلقَة لأنَّ العَطفَ للمُشَارَكَة فِي الحُكمِ فَيَختَصُّ بمَحَله فَصَارَ كَمَا إذَا قَال إحدَاكُمَا طَالقٌ وَهَذِهِ (وَكَذَا إذَا قَال لعَبِيدِهِ هَذَا حُرٌّ أَو هَذَا وَهَذَا عَتَقَ الأخِيرُ وَلهُ الخِيَارُ فِي الأوَّلين) لمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَال لنِسْوَة لهُ هَذه طَالقٌ أَوْ هَذه وَهَذه) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَيَخْتَصُّ بِمَحَله) أَيْ بِمَحَل الحُكْمِ وَهِيَ المُطَلقَةُ لأَنَّ الكَلامَ سِيقَ لإِيقَاعِ الطَّلاقِ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ العَطْفَ كَمَا يَصِحُّ عَلى مَنْ وَقَعَ عَليْه الحُكْمُ يَصِحُّ أَيْضًا عَلى مَنْ لمْ يَقَعْ عَليْه الحُكْمُ، وَالأَصْلُ عَدَمُ الحُكْمِ فَيُعْطَفُ عَلى مَنْ لمْ يَقَعْ عَليْه الحُكْمُ كَمَا فِي قَوْله وَالله لا أُكَلمُ فُلانًا أَوْ فُلانًا وَفُلانًا، فَإِنَّهُ إنْ كَلمَ الأَوَّل حَنِثَ، وَإِنْ كَلمَ أَحَدَ الآخَرِينَ لا يَحْنَثُ حَتَّى يُكَلمَهُمَا، وَيَكُونُ الثَّالثُ مَعْطُوفًا عَلى الثَّاني الذي لمْ يَقَعْ عَليْه الحُكْمُ مُنْفَرِدًا وَهَذَا لأَنَّ الجَمْعَ بِحَرْفِ الجَمْعِ كَالجَمْعِ بِلفْظِ الجَمْعِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَال هَذه طَالقٌ أَوْ هَاتَان فَحِينَئذ كَانَ هُوَ مُخَيَّرًا فِي الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ، إنْ شَاءَ أَوْقَعَ عَلى الأُولى، وَإِنْ شَاءَ أَوْقَعَ عَلى الأُخْرَيَيْنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الذي ذَكَرْته هُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ، فَأَمَّا الذي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ فَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَة.

وَالفَرْقُ بَيْنَ جَوَابِ ظَاهِرِ الرِّوَايَة فِي الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ وَبَيْنَ قَوْله وَالله لا أُكَلمُ فُلانًا أَوْ فُلانًا وَفُلانًا فِي أَنَّ الثَّالثَ مَعْطُوفٌ عَلى الثَّاني الذي لمْ يَقَعْ عَليْه الحُكْمُ، وَهُوَ مَسْأَلةُ الجَامِعِ هُوَ أَنَّ كَلمَةَ أَوْ إذَا دَخَلتْ بَيْنَ شَيْئَيْنِ تَتَنَاوَلُ أَحَدَهُمَا نَكِرَةً، إلا أَنَّ فِي الطَّلاقِ وَالعَتَاقِ المَوْضِعَ مَوْضِعُ الإِثْبَاتِ، وَالنَّكِرَةُ فِي مَوْضِعِ الإِثْبَاتِ تَخُصُّ فَتَتَنَاوَلُ أَحَدَهُمَا، فَإِذَا عَطَفَ الثَّالثَ عَلى أَحَدِهما صَارَ كَأَنَّهُ قَال إحْدَاكُمَا طَالقٌ وَهَذه، وَلوْ نَصَّ عَلى هَذَا كَانَ الحُكْمُ مَا قُلنَا، أَمَّا فِي مَسْأَلة الجَامِعِ فَالمَوْضِعُ مَوْضِعُ النَّفْيِ وَهِيَ فِيه تَعُمُّ كَقَوْله تَعَالى ﴿ وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا ﴾ [الإنسان: ٢٤] فَصَارَ كَأَنَّهُ **قَال**

وَاللهِ لا أُكَلِّمُ فُلانًا وَلا فُلانًا، فلمَّا ذَكَرَ الثَّالثَ بحَرْفِ الوَاوِ صَارَ كَأَنَّهُ قَال أَوْ هَذَيْنِ، وَلَوْ نَصَّ عَلَى هَذَا كَانَ الحُكْمُ هَكَذَا فَكَذَا هَاهُنَا.

بَابُ اليَمِينِ فِي البَيعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزَوُّجِ وَغيرِ ذَلكَ

(وَمَن حَلفَ لا يَبِيعُ أَو لا يَشتَرِي أَو لا يُؤَاجِرُ فَوَكَّلَ مَن فَعَلَ ذَلكَ لم يَحنَث) لأَنَّ العَقدَ وُجِدَ لهُ مِن العَاقِدِ حَتَّى كَانَت الحُقُوقُ عَليه، وَلهَذَا لو كَانَ العَاقِدُ هُوَ الحَالفُ يَحنَثُ فِي يَمِينِهِ فَلم يُوجَد مَا هُوَ الشَّرطُ وَهُوَ العَقدُ مِن الآمِرِ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ لهُ حُكمُ العَقدِ إلا أَن يَنوِيَ ذَلكَ لأَنَّ فِيهِ تَشدِيدًا أَو يَكُونَ الحَالفُ ذَا سُلطَانٍ لا يَتَوَلى العَقدَ بِنَفسِهِ لأَنَّهُ يَمنَعُ نَفسَهُ عَمَّا يَعتَادُهُ

الشرح:

(**بَابُ اليَمِينِ فِي البَيعِ وَالشِّرَاءِ وَالتزوُّجِ وَغَيرِ ذَلكَ**): يُرِيدُ بغَيْرِ ذَلكَ الطَّلاقَ وَالعَتَاقَ وَالضَّرْبَ، وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ فِي الأَيْمَانِ كَثِيرَةُ الوُقُوعِ بِالنِّسْبَةِ إلى مَا بَعْدَهُ فَلذَلكَ قَدَّمَهُ.

قَال فِي النِّهَايَةِ: ثُمَّ الضَّابِطُ فِي هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ لأَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللهُ فِيمَا يَحْنَثُ بفِعْلِ المَأْمُورِ، وَفِيمَا لا يَحْنَثُ شَيْئَان:

أَحَدُهُمَا أَنَّ كُل فِعْلٍ تَرْجِعُ الحُقُوقُ فِيه إلى المُبَاشِرِ، فَالحَالفُ لا يَحْنَثُ بمُبَاشَرَةِ المَأْمُورِ، وَكُلُّ فِعْلٍ تَرْجِعُ الحُقُوقُ فِيه إلى مَنْ وَقَعَ حُكْمُ الفِعْلِ لهُ يَحْنَثُ.

وَالثَّانِي أَنَّ كُل فِعْلٍ يَحْتَمِلُ حُكْمُهُ الانْتِقَال إلى غَيْرِه، فَالحَالفُ فِيه لا يَحْنَثُ بمُبَاشَرَةِ المَأْمُورِ، وَكُلُّ فِعْلٍ لا يَحْتَمِلُ ذَلكَ يَحْنَثُ. قِيل وَكُلُّ مَا يَسْتَغْنِي المَأْمُورُ فِي مُبَاشَرَتِه عَنْ إضَافَتِه إلى الآمِرِ فَالآمِرُ لا يَحْنَثُ بِمُبَاشَرَةِ المَأْمُورِ، وَإِنْ كَانَ لا يَسْتَغْنِي عَنْ هَذِه الإِضَافَةِ يَحْنَثُ.

وَالفِقْهُ فِي ذَلكَ أَنَّ العَقْدَ مَتَى رَجَعَتْ حُقُوقُهُ إلى مَنْ وَقَعَ حُكْمُ العَقْدِ لهُ فَمَقْصُودُ الحَالفِ مِنْ الحَلفِ التَّوَقِّي عَنْ حُكْمِ العَقْدِ لهُ وَعَنْ حُقُوقِه وَكلاهُمَا يَرْجِعَانِ إليْه، وَمَتَى رَجَعَتْ حُقُوقُهُ إلى العَاقِدِ لا إلى مَنْ وَقَعَ حُكْمُ العَقْدِ لهُ فَمَقْصُودُهُ مِنْ الحَلفِ التَّوَقِّي مِنْ رُجُوعِ الحُقُوقِ إليْه وَهِيَ لا تَرْجِعُ إليْه فَلا يَحْنَثُ.

ثُمَّ مِمَّا يَحْنَثُ الحَالفُ بِمُبَاشَرَةِ المَأْمُورِ بِهِ النِّكَاحُ وَالصُّلحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ

وَالطَّلاقُ وَالعَتَاقُ وَالهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالقَرْضُ وَالاسْتِقْرَاضُ وَضَرْبُ العَبْدِ وَالذَّبْحُ وَالإِيدَاعُ وَقَبُولُ الوَدِيعَةِ وَالإِعَارَةُ وَالاسْتِعَارَةُ وَخِيَاطَةُ الثَّوْبِ وَالبِنَاءُ، فَإِنَّ الحَالِفَ كَمَا يَحْنَثُ فِيهَا بِفِعْلِ نَفْسِهِ يَحْنَثُ أَيْضًا بِفِعْلِ المَأْمُورِ.

وَأَمَّا مَا لا يَحْنَثُ الحَالِفُ بِمُبَاشَرَةِ المَأْمُورِ بِهِ فَهُوَ البَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالإِجَارَةُ وَالاسْتِئْجَارُ وَالصُّلْحُ عَنْ المَالِ وَكَذَلِكَ القِسْمَةُ، وَمِنْ المَشَايِخِ مَنْ أَلْحَقَ الخُصُومَةَ بِهَذَا القِسْمِ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا ظَهَرَ مَعْنَى كَلامِهِ إلا أَلْفَاظًا نُنَبِّهُ عَلَيْهَا.

وَقَوْلُهُ (إلا أَنْ يَنْوِيَ) اسْتِثْنَاءٌ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَحْنَثْ: أَيْ إلا أَنْ يَنْوِيَ أَنْ لا يَأْمُرَ غَيْرَهُ أَيْضًا فَحِينَئِذٍ يَحْنَثُ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ يَكُونُ الحَالِفُ ذَا سُلْطَانٍ) يَعْنِي إِذَا بَاشَرَهُ المَأْمُورُ حَنِثَ لأَنَّ مَقْصُودَهُ مِنْ اليَمِينِ مَنْعُ نَفْسِهِ عَمَّا هُوَ مُعْتَادُهُ وَمُعْتَادُهُ الأَمْرُ لِلغَيْرِ، فَلَمَّا أَمَرَ غَيْرَهُ وَفَعَلَ المَأْمُورَ حَنِثَ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ فَعَلَهُ بِنَفْسِهِ حَنِثَ أَيْضًا لِوُجُودِ البَيْعِ مِنْهُ حَقِيقَةً.

(وَمَن حَلفَ لا يَتَزَوَّجُ أَو لا يُطَلقُ أَو لا يُعتِقُ فوَكَّل بِذَلكَ حَنِثَ) لأَنَّ الوَكِيل فِي هَذَا سَفِيرٌ وَمُعَبِّرٌ وَلِهَذَا لا يُضِيفُهُ إلى نَفسِهِ بَل إلى الآمِرِ، وَحُقُوقُ العَقدِ تَرجِعُ إلى الآمِرِ لا إليهِ (وَلو قَال عَنَيت أَن لا أَتَكلمَ بِهِ لم يَدِينَ فِي القَضَاءِ خَاصَّةً) وَسَنُشِيرُ إلى المَعنَى فِي الفَرقِ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى.

(لو حَلفَ لا يَضرِبُ عَبدَهُ أَو لا يَذبَحُ شَاتَه فَأَمَرَ غَيرَهُ فَفَعَل يَحنَثُ فِي يَمِينِهِ) لأَنَّ المَالكَ لهُ وِلايَةُ ضَربِ عَبدِهِ وَذَبحِ شَاتِه فَيَملكُ تَولِيَتَهُ غَيرَهُ ثُمَّ مَنفَعَتَهُ رَاجِعَةٌ إلى الآمِرِ فَيَجعلُ هُوَ مُبَاشِرًا إذ لا حُقُوقَ لهُ تَرجِعُ إلى المَأمُورِ (وَلو قَال عَنَيت أَن لا أَتَولى ذَلكَ بِنَفسِي دِينَ فِي القَضَاءِ) بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ مِن الطَّلاقِ وَغَيرِهِ. وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ الطَّلاقَ لَيسَ إلا تَكَلُّمًا بِكَلامٍ يُفضِي إلى وُقُوعِ الطَّلاقِ عَليهَا، وَالأَمرُ بِذَلكَ مِثلُ التَّكَلُّمِ بِهِ وَاللفظُ يَنتَظِمُهُمَا، فَإِذَا نَوَى التَّكَلُّمَ بِهِ فَقَد نَوَى الخُصُوصَ فِي العَامِّ فَيَدِينُ دِيَانَةً لا قَضَاءً، أَمَّا الذَّبحُ وَالضَّربُ فَفِعلٌ حِسِّيٌّ يُعرَفُ بِأَثَرِهِ، وَالنِّسبَةُ إلى الآمِرِ بِالتَّسبِيبِ مَجَازٌ، فَإِذَا نَوَى الفِعل بِنَفسِهِ فَقَد نَوَى الحَقِيقَةَ فَيُصَدَّقُ دِيَانَةً وَقَضَاءً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المَالِكَ لَهُ وِلايَةُ ضَرْبِ عَبْدِهِ) يَلُوحُ إلى أَنَّهُ لَوْ أَمَرَ غَيْرَهُ بِضَرْبِ حُرٍّ

وَقَدْ حَلفَ عَلى ضَرْبِهِ فَضَرَبَهُ المَأْمُورُ لَمْ يَحْنَثْ لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لهُ عَلَيْهِ فَلا يُعْتَبَرُ أَمْرُهُ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَوَجْهُ الفَرْقِ) هُوَ الفَرْقُ المَوْعُودُ بِقَوْلِهِ سَنُشِيرُ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ إذَا نَوَى الخُصُوصَ فِي العُمُومِ يَصْدُقُ دِيانَةً لا قَضَاءً لأَنَّهُ خلافُ الظَّاهِرِ، وَفِيهِ تَخْفِيفٌ عَلَيْهِ. وَإِذَا نَوَى الحَقِيقَةَ المُسْتَعْمَلَةَ صَدَقَ قَضَاءً وَدِيَانَةً، وَإِنْ كَانَ فِي ذَلكَ تَخْفِيفٌ عَلَيْهِ لأَنَّ الكَلامَ يُصْرَفُ إلى حَقِيقَتِهِ بِغَيْرِ نِيَّةٍ؛ فَإِذَا وُجِدَتْ النِّيَّةُ كَانَ الصَّرْفُ إِلَيْهَا أَوْلَى.

(وَمَن حَلفَ لا يَضرِبُ وَلدَهُ فَأَمَرَ إنسَانًا فَضَرَبَهُ لم يَحنَث) فِي يَمِينِهِ لأَنَّ مَنفَعَةَ ضَربِ الوَلدِ عَائِدَةٌ إليهِ وَهُوَ التَّأَدُّبُ وَالتَّثَقُّفُ فَلم يَنسِب فَعَلَهُ إلى الآمِرِ، بِخِلافِ الأَمرِ بِضَربِ العَبدِ لأَنَّ مَنفَعَةَ الائتِمَارِ بِأَمرِهِ عَائِدَةٌ إلى الآمِرِ فَيُضَافُ الفِعلُ إليهِ (وَمَن قَال لغَيرِهِ إن بِعت لك هَذَا الثَّوبَ فَامرَأَتُهُ طَالقٌ فَدَسَّ المَحلُوفُ عَليهِ ثَوبَهُ فِي ثِيَابِ الحَالفِ فَبَاعَهُ وَلم يَعلم لم يَحنَث) لأَنَّ حَرفَ اللامِ دَخَل عَلى البَيعِ فَيَقتَضِي اختِصَاصَهُ بِهِ، وَذَلكَ بِأَن يَفعَلَهُ بِأَمرِهِ إذ البَيعُ تَجرِي فِيهِ النِّيَابَةُ وَلم تُوجَد، بِخِلافِ مَا إذَا قَال إن بِعت ثَوبًا لك حَيثُ يَحنَثُ إذَا بَاعَ ثَوبًا مَملُوكًا لهُ، سَوَاءٌ كَانَ بِأَمرِهِ أَو بِغَيرِ أَمرِهِ عَلمَ بِذَلكَ أَو لم يَعلم، لأَنَّ حَرفَ اللامِ دَخَل عَلى العَينِ لأَنَّهُ أَقرَبُ إليهِ فَيَقتَضِي الاختِصَاصَ بِهِ، وَذَلكَ بِأَن يَكُونَ مَملُوكًا لهُ، وَنَظِيرُهُ الصِّيَاغَةُ وَالخِيَاطَةُ وَكُلُّ مَا تَجرِي فِيهِ النِّيَابَةُ، بِخِلافِ الأَكلِ وَالشُّربِ وَضَربِ الغُلامِ لأَنَّهُ لا يَحتَمِلُ النِّيَابَةَ فَلا يَفتَرِقُ الحُكمُ فِيهِ فِي الوَجهَينِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ مَنْفَعَةَ ضَرْبِ الوَلدِ عَائِدَةٌ إلَيْهِ) أَيْ إلى الوَلدِ، وَذَكَرَ ضَمِيرَ المَنْفَعَةِ نَظَرًا إلى الخَبَرِ وَهُوَ التَّأَدُّبُ وَالتَّثَقُّفُ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَال إنْ بِعْت لك هَذَا الثَّوْبَ) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ.

وَحَاصِلُ ذَلكَ أَنَّ لامَ الاخْتِصَاصِ إذَا اتَّصَل بِضَمِيرٍ عَقِيبَ فِعْلٍ مُتَعَدٍّ، فَإِمَّا أَنْ يَتَوَسَّطَ بَيْنَ الفِعْلِ وَمَفْعُولِهِ أَوْ يَتَأَخَّرَ عَنْ المَفْعُولِ.

وَعَلى التَّقْدِيرَيْنِ فَإِمَّا أَنْ يَحْتَمِلَ الفِعْلُ النِّيَابَةَ أَوْ لا، فَإِنْ احْتَمَلهَا وَتَوَسَّطَ بَيْنَهُمَا كَانَ اللامُ لاخْتِصَاصِ الفِعْلِ، وَشَرَطَ حِنْثَ وُقُوعِ الفِعْلِ لأَجْلِ مَنْ لهُ الضَّمِيرُ سَوَاءٌ

كَانَتْ العَيْنُ مَمْلُوكَةً لهُ أَوْ لَمْ تَكُنْ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالأَمْرِ، وَإِنْ تَأَخَّرَ عَنْ المَفْعُول كَانَ اخْتِصَاصُ العَيْنِ بِهِ وَشَرْطُ كَوْنِهَا مَمْلُوكَةً لهُ سَوَاءً كَانَ الفِعْلُ وَقَعَ لأَجْلِهِ أَوْ لَمْ يَقَعْ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَمِلهَا لا يَفْتَرِقُ الحُكْمُ فِي الوَجْهَيْنِ: أَيْ فِي التَّوَسُّطِ وَالتَّأَخُّرِ بَل يَحْنَثُ إِذَا فَعَلَهُ سَوَاءٌ كَانَ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ لأَنَّ الفِعْل إِذَا لَمْ يَحْتَمِل النِّيَابَةَ لَمْ يُمْكِنْ انْتِقَالُهُ إِلى غَيْرِ الفَاعِلِ فَيَكُونُ الأَمْرُ وَعَدَمُهُ سَوَاءً فَتَعَيَّنَ أَنْ تَكُونَ اللامُ لاخْتِصَاصِ العَيْنِ صَوْنًا لِلكَلامِ عَنْ الإِلغَاءِ، وَمَعْنَى دَسَّ أَخْفَى، وَالمُرَادُ بِالغُلامِ إِمَّا العَبْدُ عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانْ وَإِمَّا الوَلَدُ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الفَوَائِد الظَّهِيرِيَّة، وَهَذَا هُوَ الصَّوَابُ لأَنَّ ضَرْبَ العَبْد يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ، وَلِهَذَا لوْ **حَلفَ لا يَضْرِبُ عَبْدَهُ فَأَمَرَ غَيْرَهُ بِضَرْبِهِ** حَنِثَ لأَنَّ المَنْفَعَةَ تَعُودُ إِليْهِ، وَقَدْ ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ قُبَيْل هَذَا، وَمِنْ الشَّارِحِينَ مَنْ وَجَّهَ الأَوَّل، بِأَنَّ المُرَادَ بِالوَكَالة وَالنِّيَابَةِ وَكَالةٌ يَتَعَلقُ بِهَا حُقُوقٌ يَرْجِعُ بِهَا الوَكِيلُ بِمَا يَلحَقُهُ مِنْ العُهْدَةِ عَلى المُوَكِّلِ وَليْسَ لِلضَّرْبِ شَيْءٌ مِنْ ذَلكَ فَكَانَ كَالأَكْل وَالشُّرْب، وَأَجَابَ عَنْ المَسْأَلةِ المَذْكُورَةِ بِأَنَّ مُحَمَّدًا لَمْ يَذْكُرْهَا، وَهُوَ مُخَالفٌ لِمَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ وَتَخْطِئَةٌ لهُ فَإِنَّهُ ذَكَرَ أَنَّهُ لا حُقُوقَ لهُ تَرْجِعُ إِلى المَأْمُورِ، وَمَعَ ذَلكَ جَعَلهُ مِمَّا يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ.

(وَمَن قَال هَذَا العَبدُ حُرٌّ إن بِعته فَبَاعَهُ عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ عَتَقَ) لِوُجُودِ الشَّرطِ وَهُوَ البَيعُ وَالمِلكُ فِيهِ قَائِمٌ فَيَنزِلُ الجزَاءُ (وَكَذَلكَ لو قَال المُشتَرِي إن اشتَرَيته فَهُوَ حُرٌّ فَاشتَرَاهُ عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ عَتَقَ) أَيضًا لأَنَّ الشَّرطَ قَد تَحَقَّقَ وَهُوَ الشِّرَاءُ وَالمِلكُ قَائِمٌ فِيهِ، وَهَذَا عَلى أَصلِهِمَا ظَاهِرٌ، وَكَذَا عَلى أَصلِهِ لأَنَّ هَذَا العِتقَ بِتَعلِيقِهِ وَالمُعَلقُ كَالمُنجَزِ، وَلو نَجَّزَ العِتقَ يَثبُتُ المِلكُ سَابِقًا عَليهِ فَكَذَا هَذَا.

الشرح:

قَال: (وَمَنْ **قَال هَذَا العَبْدُ حُرٌّ إِنْ بِعْته فَبَاعَهُ وَشَرَطَ الخِيَارَ لِنَفْسِه** عَتَقَ لِوُجُود الشَّرْطِ وَهُوَ البَيْعُ وَالمِلكُ فِيهِ قَائِمٌ) لأَنَّ خِيَارَهُ يَمْنَعُ خُرُوجَ المَبِيعِ عَنْ مِلكِهِ بِالاتِّفَاق (فَيَنْزِلُ الجزَاءُ) قِيل لوْ كَانَ البَيْعُ مِنْ غَيْرِ إِفَادَةِ الحُكْمِ كَافِيًا لِوُقُوعِ مَا عُلقَ بِهِ لكَانَ النِّكَاحُ كَذَلكَ، فَإِذَا عَلقَ العِتْقَ بِالنِّكَاحِ وَوَجَدَ النِّكَاحَ فَاسِدًا وَجَبَ أَنْ يَنْزِل الجزَاءُ وَليْسَ كَذَلكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ جَوَازَ البَيْعِ ليْسَ مِنْ المُنَافِي، وَجَوَازُ النِّكَاحِ مَعَ المُنَافِي؛ لأَنَّهُ رِقٌّ

وَالإِنْسَانِيَّة تُنَافِيه، فَإِذَا كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا اُعْتُضِدَ فَسَادُهُ بِمَا يُخَالِفُ الدَّلِيل فَتَرَجَّحَ جَانِبُ العَدَمِ فَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ، بِخِلافِ البَيْعِ لأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِلدَّلِيل فَكَانَ مَوْجُودًا بِالإِيجَابِ وَالقَبُول فِي المَحَل وَإِنْ لَمْ يُفِدْ الحُكْمَ؛ وَلَوْ **قَالَ إِنْ اشْتَرَيْت هَذَا العَبْدَ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ وَشَرَطَ الخِيَارَ لِنَفْسِه** عَتَقَ أَيْضًا لأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ الشِّرَاءُ وَالملكُ قَائِمٌ فِيه، وَهَذَا عَلَى أَصْلهِمَا ظَاهِرٌ لأَنَّ خِيَارَ المُشْتَرِي لا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الملك لهُ عِنْدَهُمَا، وَكَذَا عَلَى أَصْلِه لأَنَّ هَذَا العِتْقَ مُعَلقٌ بِتَعْلِيقِه وَالمُعَلقُ كَالمُنَجَّزِ، وَلوْ نَجَّزَ العِتْقَ بَعْدَ الشِّرَاءِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ انْفَسَخَ الخِيَارُ وَثَبَتَ الملكُ وَوَقَعَ العِتْقُ فَكَذَلكَ إِذَا عَلقَ.

وَرُدَّ بِأَنَّ فِي التَّنْجِيزِ لوْ لَمْ يَنْفَسِخْ الخِيَارُ لبَطَل التَّنْجِيزُ أَصْلا لِعَدَمِ احْتِمَاله التَّأْخِيرَ، وَفِي التَّعْلِيقِ لوْ لَمْ يَنْفَسِخْ لَمْ يَبْطُل لِثُبُوتِ العِتْقِ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّة الخِيَارِ فَلا يَلزَمُ مِنْ صِحَّة التَّنْجِيزِ بِفَسْخِ الخِيَارِ صِحَّةُ حُكْمِ التَّعْلِيقِ بِه فِي الحَال.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ العِتْقَ يُحْتَاطُ فِي تَعْجِيله وَهُوَ مُمْكِنٌ بِإِيقَاعِه فِي الحَال بِفَسْخِ الخِيَارِ فَلا يُؤَخَّرُ إِلى مُضِيِّ مُدَّة الخِيَارِ، وَطُولِبَ هَاهُنَا فَرْقَانِ: فَرْقٌ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيه مِنْ المَسْأَلة وَبَيْنَهَا وَالخِيَارُ لِلبَائِعِ فَإِنَّهُ قَدْ اشْتَرَاهُ وَلَمْ يُعْتَقْ عَليْه.

وَفَرْقٌ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيه مِنْ المَسْأَلة وَبَيْنَ مَا إِذَا **اشْتَرَى الرَّجُلُ قَرِيبَهُ بِشَرْطِ الخِيَار لهُ** فَإِنَّهُ لا يُعْتَقُ عَليْه مَا لَمْ يَسْقُطْ الخِيَارُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ.

وَفَرْقٌ بَيْنَ الأُوليَيْنِ بِأَنَّ الخِيَارَ إِذَا كَانَ لِلمُشْتَرِي يَتَمَكَّنُ مِنْ إِسْقَاطِه، وَمَتَى كَانَ الخِيَارُ لِلبَائِعِ لا يَتَمَكَّنُ مِنْ إِسْقَاطِه وَبَيْنَ الثَّانِيَتَيْنِ بِأَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ لَمْ يُوجَدْ فِيه كَلمَةُ الإِعْتَاقِ بَعْدَ الشِّرَاءِ حَتَّى يَسْقُطَ بِهَا الخِيَارُ فَلا يُعْتَقُ عَليْه مَا لَمْ يُسْقِطْهُ، وَأَمَّا فِي الإِيجَابِ المُعَلقِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ قَائِلا عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ أَنْتَ حُرٌّ فَيَسْقُطُ الخِيَارُ ضَرُورَةً لِوُجُودِ مَا يَخْتَصُّ بِالملك، وَوَضْعُ المَسْأَلة فِي البَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ يُفِيدُ أَنَّ البَيْعَ إِذَا كَانَ بَاتًّا لا يُعْتَقُ وَإِنْ وُجِدَ البَيْعُ بِنَاءً عَلى أَنَّ العِلةَ مَعَ المَعْلُول فِي الوُجُودِ الخَارِجِيِّ، فَكَمَا تَمَّ البَيْعُ زَال العَبْدُ عَنْ مِلكِهِ وَالجَزَاءُ لا يَنْزِلُ فِي غَيْرِ الملك، بِخِلافِ مَا فِيه الشَّرْطُ فَإِنَّهُمَا يَتَعَاقَبَانِ فِيه.

(وَمَن قَالَ إِن لم أَبِع هَذَا العَبدَ أَو هَذِهِ الأَمَةَ فَامرَأَتُهُ طَالقٌ فَأَعتَقَ أَو دَبَّرَ طَلُقَت امرَأَتُهُ) لأَنَّ الشَّرطَ قَد تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ البَيعِ لفَوَاتِ مَحَليَّةِ البَيعِ.

الشرح:

(وَمَنْ قَال إنْ لَمْ أَبِعْ هَذَا العَبْدَ أَوْ هَذه الأَمَةَ فَامْرَأَتُهُ طَالقٌ فَأَعْتَقَ أَوْ دَبَّرَ طَلُقَتْ امْرَأَتُهُ لأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ البَيْعِ لفَوَات مَحَليَّة البَيْع) وَهَذَا في إعْتَاق العَبْد ظَاهرٌ، وَأَمَّا في التَّدْبيرِ وَالأَمَة فَلا بُدَّ منْ بَيَان لأَنَّ المُدَبَّرَ يَجُوزُ بَيْعُهُ إذَا قَضَى القَاضي بجَوَازِ بَيْعه، وَالأَمَةُ يَجُوزُ أَنْ تَرْتَدَّ فَتُسْبَى بَعْدَ اللحَاق بدَارِ الحَرْب، وَذَلكَ أَنَّ الكَلامَ في المُدَبَّرِ مَا دَامَ مُدَبَّرًا، وَإذَا قَضَى القَاضي بجَوَازِ بَيْعه يُفْسَخُ التَّدْبيرُ وَيَكُونُ البَيْعُ حينَئذ بَيْعَ القنِّ لا بَيْعَ المُدَبَّر، وَفَوَاتُ المَحَليَّة إنَّمَا كَانَ باعْتبَارِ بَقَاء التَّدْبير، وَهَذَا كَمَا تَرَى غَيْرُ مَخْلص لأَنَّهُ يُفيدُ أَنَّ فَوَاتَ المَحَليَّة ببَقَاء التَّدْبير وَالتَّدْبيرُ قَدْ يَزُولُ فَلا تَفُوتُ المَحَليَّةُ فَكَانَ الوَاجبُ أَنْ لا يَقَعَ الطَّلاقُ، وَالأَوْلى في البَيَان أَنْ يُقَال بَيْعُ المُدَبَّرِ لا يَجُوزُ، فَالظَّاهرُ أَنَّ المُسْلمَ لا يَقْدَمُ عَلَيْه؛ فَإنْ أَقْدَمَ فَالظَّاهرُ أَنَّ القَاضيَ لا يُقْدمُ عَلى القَضَاء بمَا لا يَجُوزُ، وَمَعَ ذَلكَ فَالأَصْلُ عَدَمُ مَا يَحْدُثُ فَكَانَ عَدَمُ فَوَات المَحَليَّة بنَاءً عَلى جَوَازِ القَضَاء ببَيْعه مُخَالفًا للظَّاهرِ منْ كُل وَجْه فَلا يَكُونُ مُعْتَبَرًا، وَأَمَّا الأَمَةُ فَإنَّ منْ مَشَايخنَا مَنْ قَال لا تَطْلُقُ امْرَأَتُهُ في التَّعْليق بعَدَم بَيْعهَا باعْتبَارِ هَذَا الاحْتمَال، وَالصَّحيحُ أَنَّهَا تَطْلُقُ لأَنَّهُ إنَّمَا عَقَدَ يَمينَهُ عَلى البَيْعِ باعْتبَارِ هَذَا الملك وَقَدْ انْتَهَى ذَلكَ الملكُ بالإعْتَاق وَالتَّدْبير.

(وَإذَا قَالت المَرأَةُ لزَوجِهَا تَزَوَّجت عَليَّ فقَال كُلُّ امرأَةٍ لي طَالقٌ ثلاثًا طَلُقَت هَذهِ التِي حَلفَتهُ فِي القَضَاءِ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا لا تَطلُقُ لأَنَّهُ أَخرَجَهُ جوَابًا فَيَنطَبِقُ عَليهِ، وَلأَنَّ غَرَضَهُ إرضَاؤُهَا وَهُوَ بطَلاقِ غَيرِهَا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ. وَجهُ الظَّاهِرِ عُمُومُ الكَلامِ وَقَد زَادَ عَلى حَرفِ الجوَابِ فَيُجعَلُ مُبتَدِئًا، وَقَد يَكُونُ غَرَضُهُ إيحَاشُهَا حِينَ اعتَرَضَت عَليهِ فِيمَا أَحلهُ الشَّرعُ وَمَعَ التَّرَدُّدِ لا يَصلُحُ مُقَيِّدًا، وَإن نَوَى غَيرَهَا يُصَدَّقُ دِيَانَةً لا قَضَاءً لأَنَّهُ تَخصِيصُ العَامِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ) (قَالتْ المَرْأَةُ لزَوْجهَا) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ زَادَ عَلى حَرْف الجَوَاب) أَيْ أَصْله، لأَنَّهُ لوْ أَرَادَ الجَوَابَ المُطَابقَ لقَال إنْ فَعَلت فَهيَ طَالقٌ: فَلمَّا ذَكَرَ كَلمَةَ كُل دَل عَلى أَنَّ مُرَادَهُ العُمُومُ فَيَعْمَلُ بعُمُومِ اللفْظ دُونَ خُصُوصِ السَّبَب فَكَانَ مُبْتَدئًا.

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ يَكُونُ غَرَضُهُ إيحَاشَهَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ بِأَنَّ الغَرَضَ إرْضَاؤُهَا.

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

(وَمَن قَال وَهُوَ فِي الكَعبَةِ أَو فِي غَيرِهَا عَلَيَّ المَشيُ إلى بَيتِ اللهِ تَعَالى أَو إلى الكَعبَةِ فَعَلَيهِ حِجَّةٌ أَو عُمرَةٌ مَاشِيًا وَإِن شَاءَ رَكِبَ وَأَهرَاقَ دَمًا) وَفِي القِيَاسِ لا يَلزَمُهُ شَيءٌ لأَنَّهُ التَزَمَ مَا لَيسَ بِقُربَةٍ وَاجِبَةٍ وَلا مَقصُودَةٍ فِي الأَصل، مَأثُورٌ عَن عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ. وَلأَنَّ النَّاسَ تَعَارَفُوا إيجَابَ الحَجِّ وَالعُمرَةِ بِهَذَا اللفظِ فَصَارَ كَمَا إذَا قَال عَلَيَّ زِيَارَةُ البَيتِ مَاشِيًا فَيَلزَمُهُ مَاشِيًا، وَإِن شَاءَ رَكِبَ وَأَرَاقَ دَمًا، وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي المَنَاسِكِ (وَلَو قَال عَلَيَّ الخُرُوجُ أَو الذَّهَابُ إلى بَيتِ اللهِ تَعَالى فَلا شَيءَ عَلَيهِ) لأَنَّ التِزَامَ الحَجِّ أَو العُمرَةِ بِهَذَا اللفظِ غَيرُ مُتَعَارَفٍ (وَلَو قَال: عَلَيَّ المَشيُ إلى الحَرَمِ أَو إلى الصَّفَا وَالمَروَةِ فَلا شَيءَ عَلَيهِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي قَولِهِ عَلَيَّ المَشيُ إلى الحَرَمِ حِجَّةٌ أَو عُمرَةٌ) وَلَو قَال إلى المَسجِدِ الحَرَامِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الاختِلافِ. لَهُمَا أَنَّ الحَرَمَ شَامِلٌ عَلَى البَيتِ، وَكَذَا المَسجِدُ الحَرَامُ فَصَارَ ذِكرُهُ كَذِكرِهِ، بِخِلافِ الصَّفَا وَالمَروَةِ لأَنَّهُمَا مُنفَصِلانِ عَنهُ. وَلَهُ أَنَّ التِزَامَ الإِحرَامِ بِهَذِهِ العِبَارَةِ غَيرُ مُتَعَارَفٍ وَلا يُمكِنُ إيجَابُهُ بِاعتِبَارِ حَقِيقَةِ اللفظِ فَامتَنَعَ أَصلا

الشرح:

(**بَابُ اليَمِينِ فِي الحَجِّ وَالصَّلاةِ وَالصَّوْمِ**): قَدَّمَ هَذَا البَابَ عَلَى بَابِ اللُّبْسِ وَغَيْرِهِ لأَنَّ فِي هَذَا ذِكْرَ العِبَادَاتِ وَذِكْرُهَا مُقَدَّمٌ عَلى غَيْرِهَا، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَ عَمَّا تَقَدَّمَ لِكَثْرَةِ وُقُوعِ ذَلِكَ.

وَمَسَائِلُ هَذَا الفَصْلِ عَلَى ثَلاثَةِ أَوْجُهٍ: فِي وَجْهٍ يَلزَمُهُ إمَّا حَجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وَفِي وَجْهٍ لا يَلزَمُهُ شَيْءٌ كَذَلِكَ، وَفِي وَجْهٍ اخْتَلَفُوا فِيهِ.

أَمَّا الوَجْهُ الأَوَّلُ فَفِيمَا إذَا **قَال عَلَيَّ المَشْيُ إلى بَيْتِ اللهِ أَوْ إلى الكَعْبَةِ أَوْ إلى مَكَّةَ**. وَفِي رِوَايَةِ النَّوَادِرِ أَوْ إلى بَكَّةَ سَوَاءٌ كَانَ فِي الكَعْبَةِ أَوْ فِي مَكَّةَ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَزِمَهُ حَجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ مَاشِيًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِمَكَّةَ فَظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ بِهَا وَاخْتَارَ الحَجَّ يُحْرِمُ مِنْ الحَرَمِ وَيَخْرُجُ إلى عَرَفَاتٍ مَاشِيًا، فَإِنْ رَكِبَ لَزِمَهُ شَاةٌ، وَإِنْ اخْتَارَ العُمْرَةَ خَرَجَ إلى التَّنْعِيمِ وَيُحْرِمُ بِالعُمْرَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ أَنَّهُ يَخْرُجُ إلى التَّنْعِيمِ مَاشِيًا أَوْ رَاكِبًا.

وَقَدْ اخْتَلفَ المَشَايِخُ فِيه، قَال بَعْضُهُمْ: جَازَ لهُ أَنْ يَرْكَبَ وَقْتَ الرَّوَاحِ إلى التَّنْعِيمِ لأَنَّ الرَّوَاحَ إلَيْهِ لَيْسَ بِمَشْيٍ إلى بَيْتِ الله وَإِنَّمَا المَشْيُ إلَيْهِ وَقْتَ الرُّجُوعِ.

وَقَال بَعْضُهُمْ: يَمْشِي وَقْتَ الرَّوَاحِ أَيْضًا لأَنَّ الرَّوَاحَ إلَيْهِ للإِحْرَامِ فَكَانَ مَشْيًا إلى بَيْتِ الله وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَلزَمَهُ بِهَذَا النَّذْرِ شَيْءٌ (لأَنَّهُ التَزَمَ مَا لَيْسَ بِقُرْبَةٍ وَاجِبَةٍ) لأَنَّ المَشْيَ أَمْرٌ مُبَاحٌ (وَلا مَقْصُودَةَ فِي الأَصْلِ) يَعْنِي لذَاتِه لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ شَيْءٌ آخَرُ لا نَفْسُهُ فَكَانَ القِيَاسُ أَنْ يَكُونَ النَّذْرُ به بَاطِلا لكِنْ تَرَكْنَاهُ بالأَثَرِ وَالعُرْفِ.

أَمَّا الأَثَرُ فَمَا قَال مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ: بَلغَنَا عَنْ عَليِّ بْنِ أَبِي طَالبٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَال: مَنْ جَعَل عَلى نَفْسِه الحَجَّ مَاشِيًا حَجَّ رَاكِبًا وَذَبَحَ شَاةً لرُكُوبِه.

كَذَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ، وَلَيْسَ بِمُطَابِقٍ لمَا نَحْنُ فِيه لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ ذَلكَ فِيمَنْ جَعَل عَلى نَفْسِه الحَجَّ مَاشِيًا بِغَيْرِ هَذَا اللفْظِ وَلَيْسَ الكَلامُ فِيه. وَقَال آخَرُونَ: رُوِيَ عَنْ عَليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ أَجَابَ فِي هَذِه المَسْأَلة بِأَنَّ عَلَيْه حَجَّةً أَوْ عُمْرَةً وَهَذَا مُطَابِقٌ. وَقَدْ رَوَى شَيْخِي فِي شَرْحِه «أَنَّ أُخْتَ عُقْبَةَ بْنَ عَامِرٍ نَذَرَتْ أَنْ تَمْشِيَ إلى بَيْتِ الله تَعَالى، فَأَمَرَهَا النَّبيُّ ﷺ أَنْ تُحْرِمَ بِحَجَّةٍ أَوْ عُمْرَةٍ».

وَأَمَّا العُرْفُ فَمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ أَنَّ النَّاسَ تَعَارَفُوا إيجَابَ الحَجِّ وَالعُمْرَةِ بِهَذَا اللفْظِ فَصَارَ كَمَا إذَا **قَال عَليَّ زِيَارَةُ البَيْتِ مَاشِيًا** فَيَلزَمُهُ مَاشِيًا، وَإِنْ رَكِبَ وَأَرَاقَ دَمًا فَلهُ ذَلكَ عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي المَنَاسِك.

وَإِيجَابُ الحَجِّ أَوْ العُمْرَةِ بِهَذَا النَّذْرِ بِطَرِيقِ المَجَازِ مِنْ بَابِ ذِكْرِ السَّبَبِ وَإِرَادَةِ المُسَبَّبِ، وَلهَذَا لمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ النَّاذِرُ فِي الكَعْبَة أَوْ فِي غَيْرِهَا.

فَإِنْ قِيل: فَإِذَا كَانَ هَذَا اللفْظُ اسْتِعَارَةً لالتزَامِ الحَجِّ كَانَ اللفْظُ غَيْرَ مَنْظُورٍ إلَيْه، كَمَا لوْ **نَذَرَ أَنْ يَضْرِبَ بِثَوْبِه حَطِيمَ الكَعْبَة** فَحِينَئِذ يَنْبَغِي أَنْ لا يَلزَمَهُ المَشْيُ فِي طَرِيقِ الحَجِّ كَمَا لا يَلزَمُهُ هُنَاكَ ضَرْبُ الحَطِيمِ بِثَوْبِه، وَإِنَّمَا يَجِبُ إهْدَاءُ الثَّوْبِ إلى مَكَّةَ لكَوْنِ اللفْظِ عِبَارَةً عَنْهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ للحَجِّ مَاشِيًا فَضِيلةً لَيْسَتْ لهُ رَاكِبًا، قَال ﷺ «**مَنْ حَجَّ مَاشِيًا فَلهُ بِكُل خُطْوَة حَسَنَةٌ مِنْ حَسَنَات الحَرَمِ، قِيل: وَمَا حَسَنَاتُ الحَرَمِ؟ قَال: وَاحِدَةٌ بِسَبْعِمائَة**» فَاعْتُبِرَ لفْظُهُ لإِيجَابِ المَشْيِ لإِحْرَازِ تلكَ الفَضِيلة، وَمَعْنَاهُ فِي إيجَابِ الحَجِّ أَوْ

العُمْرَةِ لإجْمَاعِهِمْ عَلَى ذَلكَ المُتَعَارَفِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ يَلزَمُ الجَمْعُ بَيْنَ الحَقِيقَةِ وَالمَجَازِ. وَالأَوْلى أَنْ يُقَال هَذِهِ اللفْظَةُ فِي العُرْفِ تُسْتَعْمَلُ للحَجِّ أَوْ العُمْرَةِ مَاشِيًا لا أَنَّ الحَقِيقَةَ مُرَادَةٌ بِلفْظِهِ وَمَجَازُهُ بِمَعْنَاهُ.

وَأَمَّا الوَجْهُ الثَّانِي فَفِيمَا إذَا قَال عَليَّ الخُرُوجُ أَوْ الذَّهَابُ أَوْ السَّعْيُ أَوْ السَّفَرُ أَوْ الرُّكُوبُ أَوْ الإِتْيَانُ إلى بَيْتِ اللهِ أَوْ المَشْيُ إلى الصَّفَا وَالمَرْوَةِ لَمْ يَلزَمْهُ شَيْءٌ لعَدَمِ الأَثَرِ وَالعُرْفِ فِيهِ فَكَانَ بَاقِيًا عَلى القِيَاسِ.

وَأَمَّا الوَجْهُ الثَّالثُ فَفِيمَا إذَا **قَال عَليَّ المَشْيُ إلى الحَرَمِ أَوْ إلى المَسْجِدِ الحَرَامِ**، قَال أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: لا شَيْءَ عَليْهِ. كَمَا لوْ **قَال عَليَّ المَشْيُ إلى الصَّفَا وَالمَرْوَةِ**، وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لزِمَهُ حَجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ لأَنَّ الحَرَمَ شَامِلٌ للبَيْتِ (وَكَذَا المَسْجِدُ الحَرَامُ فَصَارَ ذِكْرُهُ كَذِكْرِهِ، بِخِلافِ الصَّفَا وَالمَرْوَةِ لأَنَّهُمَا مُنْفَصِلانِ عَنْهُ.

وَلهُ أَنَّ التِزَامَ الإِحْرَامِ بِهَذِهِ العِبَارَةِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ) حَتَّى يَصِيرَ مَجَازًا (وَلا يُمْكِنُ إيجَابُهُ بِاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ اللفْظِ فَامْتَنَعَ أَصْلا)

(وَمَن قَال عَبدِي حُرٌّ إن لم أَحُجَّ العَامَ، وَقَال: حَجَجتُ وَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ ضَحَّى العَامَ بِالكُوفَةِ لم يُعتَق عَبدُهُ)، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَال مُحَمَّدٌ: يُعتَقُ لأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ قَامَت عَلى أَمرٍ مَعلُومٍ وَهُوَ التَّضحِيَةُ، وَمِن ضَرُورَتِهِ انتِفَاءُ الحَجِّ فَيَتَحَقَّقُ الشَّرطُ. وَلهُمَا أَنَّهَا قَامَت عَلى النَّفيِ لأَنَّ المَقصُودَ مِنهَا نَفيُ الحَجِّ لا إثبَاتُ التَّضحِيَةِ لأَنَّهُ لا مَطَالبَ لهَا فَصَارَ كَمَا إذَا شَهِدُوا أَنَّهُ لم يَحُجَّ العَامَ. غَايَةُ الأَمرِ أَنَّ هَذَا النَّفيَ مِمَّا يُحِيطُ عِلمُ الشَّاهِدِ بِهِ وَلكِنَّهُ لا يُمَيِّزُ بَينَ نَفيٍ وَنَفيٍ تَيسِيرًا.

الشرح:

وَمَنْ قَال عَبْدِي حُرٌّ إنْ لمْ أَحُجَّ العَامَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لكِنْ لا يُمَيِّزُ بَيْنَ نَفْيٍ وَنَفْيٍ تَيْسِيرًا) نُوقِضَ بِمَسْأَلةِ السِّيَرِ الكَبِيرِ: **رَجُلانِ شَهِدَا عَلى رَجُلٍ أَنَّا سَمِعْنَاهُ يَقُولُ المَسِيحُ ابْنُ اللهِ وَلمْ يَقُل قَوْل النَّصَارَى فَبَانَتْ مِنْهُ امْرَأَتُهُ، وَالرَّجُلُ يَقُولُ وَصَلت بِقَوْلي قَوْل النَّصَارَى** جَازَتْ هَذِهِ الشَّهَادَةُ، وَإِنْ قَامَتْ عَلى النَّفْيِ لأَنَّهَا قَامَتْ عَلى نَفْيِ شَيْءٍ أَحَاطَ بِهِ عِلمُ الشَّاهِدِ.

وَأَجَابَ الإِمَامُ قَاضِي خَانْ بِأَنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةَ شَهَادَةٌ قَامَتْ عَلى أَمْرٍ وُجُودِيٍّ

وَهُوَ سُكُوتُ الزَّوْجِ عَقِيبَ قَوْلِهِ المَسِيحُ ابْنُ اللهِ، وَلكِنْ قَالَ الإِمَامَانِ العَلَمَانِ فِي التَّحْقِيقِ شَمْسُ الأَئِمَّةِ وَفَخْرُ الإِسْلامِ: إِذَا قَالَ الشَّاهِدَانِ الزَّوْجُ لَمْ يَقُلْ هَذِهِ الزِّيَادَةَ قُبِلَتْ الشَّهَادَةُ لأَنَّ قَوْلَهُمَا هَذَا بَيَانٌ مِنْهُمَا لإِحَاطَةِ عِلْمِهِمَا بِذَلِكَ، فَكَانَ التَّمْيِيزُ بَيْنَ نَفْيٍ وَنَفْيٍ مُعْتَبَرًا، وَلكِنَّهُ لَيْسَ مُخْتَارَ المُصَنِّفِ لإِفْضَائِهِ إِلى الحَرَجِ.

(وَمَن حَلَفَ لا يَصُومُ فَنَوَى الصَّوْمَ وَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفطَرَ مِن يَوْمِهِ حَنِثَ) لِوُجُودِ الشَّرطِ إِذ الصَّوْمُ هُوَ الإِمسَاكُ عَنِ المُفطِرَاتِ عَلَى قَصدِ التَّقَرُّبِ (وَلو حَلَفَ لا يَصُومُ يَومًا أَو صَومًا فَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفطَرَ لا يَحنَثُ) لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّوْمُ التَّامُّ المُعتَبَرُ شَرعًا وَذَلكَ بِإِنهَائِهِ إِلى آخِرِ اليَومِ، وَاليَومُ صَرِيحٌ فِي تَقدِيرِ المُدَّةِ بِهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لا يَصُومُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّوْمُ التَّامُّ المُعْتَبَرُ شَرْعًا) أَوْرَدَ عَلَيْهِ مَا لَوْ **قَالَ وَاللهِ لأَصُومَنَّ هَذَا اليَوْمَ وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَا أَكَلَ أَوْ شَرِبَ أَوْ بَعْدَ الزَّوَالِ** صَحَّ يَمِينُهُ بِالاتِّفَاقِ، وَالصَّوْمُ مَقْرُونٌ بِاليَوْمِ وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يُرِدْ بِهِ الصَّوْمَ الشَّرْعِيَّ فَإِنَّ الصَّوْمَ الشَّرْعِيَّ بَعْدَ الأَكْلِ أَوْ الشُّرْبِ أَوْ بَعْدَ الزَّوَالِ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ، وَالجَوَابُ أَنَّ الدَّلالَةَ قَامَتْ عَلَى أَنَّ المُرَادَ بِهِ لَيْسَ الصَّوْمَ الشَّرْعِيَّ وَهُوَ كَوْنُ اليَمِينِ بَعْدَ الأَكْلِ أَوْ بَعْدَ الزَّوَالِ فَانْصَرَفَ إِلى الصَّوْمِ اللُّغَوِيِّ وَانْعَقَدَتْ يَمِينُهُ عَلَيْهِ، بِخِلافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يَمْنَعُهُ عَنْ الصَّوْمِ الشَّرْعِيِّ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ.

(وَلو حَلَفَ لا يُصَلِّي فَقَامَ وَقَرَأَ وَرَكَعَ لم يَحنَث، وَإِن سَجَدَ مَعَ ذَلكَ ثُمَّ قَطَعَ حَنِثَ) وَالقِيَاسُ أَن يَحنَثَ بِالافتِتَاحِ اعتِبَارًا بِالشُّرُوعِ فِي الصَّومِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ الصَّلاةَ عِبَارَةٌ عَنِ الأَركَانِ المُختَلِفَةِ، فَمَا لم يَأتِ بِجَمِيعِهَا لا يُسَمَّى صَلاةً، بِخِلافِ الصَّومِ لأَنَّهُ رُكنٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الإِمسَاكُ وَيَتَكَرَّرُ فِي الجُزءِ الثَّانِي (وَلو حَلَفَ لا يُصَلِّي صَلاةً لا يَحنَثُ مَا لم يُصَلِّ رَكعَتَينِ) لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّلاةُ المُعتَبَرَةُ شَرعًا وَأَقَلُّهَا رَكعَتَانِ لِلنَّهيِ عَنِ البُتَيرَاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ **حَلَفَ لا يُصَلِّي**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لا يَحْنَثُ مَا لَمْ يُصَلِّ رَكْعَتَيْنِ) قِيلَ عَلَيْهِ فَيَنْبَغِي أَنْ لا يَحْنَثَ بِمُجَرَّدِ الإِتْيَانِ بِالرَّكْعَتَيْنِ مَا لَمْ يَأْتِ بِالقَعْدَةِ لأَنَّ الصَّلاةَ لا

تَكُونُ مُعْتَبَرَةً بِدُونِ القَعْدَةِ شَرْعًا، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ لأَنَّ الرَّكْعَتَيْنِ عِبَارَةٌ عَنْ صَلاةٍ تَامَّةٍ، وَتَمَامُهَا شَرْعًا إِنَّمَا يَكُونُ بِالقَعْدَةِ أَشَارَ إِلى ذَلِكَ تَعْلِيلُهُ بِقَوْلِهِ لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّلاةُ المُعْتَبَرَةُ شَرْعًا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

(وَمَن قَالَ لامرَأَتِهِ: إن لبِستِ مِن غَزلكِ فَهُوَ هَديٌ فَاشترَى قُطنًا فَغَزَلتهُ وَنَسَجَتهُ فَلبِسَهُ فَهُوَ هَديٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: ليسَ عَليهِ أَن يُهدِيَ حَتَّى تَغزِل مِن قُطنٍ مَلَكَهُ يَومَ حَلفَ) وَمَعنَى الهَديِ التَّصَدُّقُ بِهِ بِمَكَّةَ لأَنَّهُ اسمٌ لمَا يُهدَى إليهَا. لهُمَا أَنَّ النَّذرَ إنَّمَا يَصِحُّ فِي المِلكِ أَو مُضَافًا إلى سَبَبِ المِلكِ وَلم يُوجَد لأَنَّ اللُّبسَ وَغَزل المَرأَةِ ليسَا مِن أَسبَابِ مِلكِهِ. وَلهُ أَنَّ غَزل المَرأَةِ عَادَةً يَكُونُ مِن قُطنِ الزَّوجِ وَالمُعتَادُ هُوَ المُرَادُ وَذَلكَ سَبَبٌ لمِلكِهِ، وَلهَذَا يَحنَثُ إذَا غَزَلت مِن قُطنٍ مَملُوكٍ لهُ وَقتَ النَّذرِ لأَنَّ القُطنَ لم يَصِر مَذكُورًا.

الشرح:

(**بَابُ اليَمِينِ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ وَالحُلِيِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ**): قَدَّمَ يَمِينَ لُبْسِ الثِّيَابِ وَغَيْرَهُ عَلَى اليَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالقَتْلِ، إِمَّا لأَنَّ يَمِينَ لُبْسِ الثِّيَابِ أَكْثَرُ مِنْهُ وُجُودًا، وَإِمَّا لأَنَّ اليَمِينَ بِهِ مَشْرُوعٌ وُجُودًا وَعَدَمًا، بِخِلافِ الضَّرْبِ وَالقَتْلِ (**وَمَنْ قَالَ لامْرَأَتِهِ إِنْ لَبِسْتِ مِنْ غَزْلِكِ فَهُوَ هَدْيٌ**) أَيْ صَدَقَةٌ أَتَصَدَّقُ بِهِ عَلَى فُقَرَاءِ مَكَّةَ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَالمُعْتَادُ هُوَ المُرَادُ) يَعْنِي فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ مِنْ قُطْنِي أَوْ مِنْ قُطْنٍ سَأَمْلِكُهُ (وَذَلِكَ) أَيْ الغَزْلُ مِنْ قُطْنِ الزَّوْجِ (سَبَبٌ لِمِلْكِ الزَّوْجِ لَمَا غَزَلَتْهُ) يَعْنِي مِنْ مِلْكِ الزَّوْجِ وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا) إِيضَاحٌ لِقَوْلِهِ وَذَلِكَ سَبَبٌ لِمِلْكِهِ: يَعْنِي أَنَّهَا إِذَا غَزَلَتْ مِنْ قُطْنٍ مَمْلُوكٍ لِلزَّوْجِ وَقْتَ الحَلِفِ كَانَ ذَلِكَ سَبَبًا لأَنْ يَمْلِكَ الزَّوْجُ غَزْلَهَا مَعَ أَنَّ القُطْنَ لَيْسَ بِمَذْكُورٍ هُنَاكَ، وَمَا ذَاكَ إِلا بِاعْتِبَارِ أَنَّ غَزْلَ المَرْأَةِ سَبَبٌ لِمِلْكِ الزَّوْجِ لَمَا غَزَلَتْهُ فِي العُرْفِ، وَالعُرْفُ لا يُفَرِّقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ القُطْنُ مَمْلُوكًا وَقْتَ الحَلِفِ أَوْ لَمْ يَكُنْ.

(وَمَن حَلفَ لا يَلبَسُ حُليًّا فَلبِسَ خَاتَمَ فِضَّةٍ لم يَحنَث) لأَنَّهُ ليسَ بِحُليٍّ عُرفًا وَلا شَرعًا حَتَّى أُبِيحَ استِعمَالُهُ للرِّجَال وَالتَّختُّمُ بِهِ لقَصدِ الختمِ (وَإن كَانَ مِن ذَهَبٍ حَنِثَ) لأَنَّهُ حُليٌّ وَلهَذَا لا يَحِلُّ استِعمَالُهُ للرِّجَال. (وَلو لبِسَ عِقدَ لُؤلُؤٍ غَيرِ مُرَصَّعٍ لم يَحنَث عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا يَحنَثُ) لأَنَّهُ حُليٌّ حَقِيقَةً حَتَّى سُمِّيَ بِهِ فِي القُرآنِ. وَلهُ أَنَّهُ لا

يَتَحلى بِهِ عُرفًا إلا مُرَصّعًا، وَمَبنَى الأيمَانِ عَلى العُرفِ. وَقِيل هَذَا اختِلافُ عَصرٍ وَزَمَانٍ، وَيُفتَى بِقَولِهِمَا لأنَّ التَّحلِيَ بِهِ عَلى الانفِرَادِ مُعتَادٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ **حَلفَ لا يَلبَسُ حَليًا**) بِفَتْحِ الحَاءِ وَسُكُونِ اللامِ وَهُوَ مَا يَتَحلى بِهِ النِّسَاءُ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ جَوْهَرٍ، وَاسْتَدَل بِإِبَاحَةِ اسْتِعْمَاله للرِّجَال عَلى أَنَّ الخَاتَمَ مِنْ فِضَّةٍ لَيْسَ بِحَلْيٍ؛ لأَنَّهُ لوْ كَانَ حَليًا لحَرُمَ عَلى الرِّجَال لأَنَّ التَّزَيُّنَ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ حَرَامٌ عَلى الرِّجَال، وَلمَّا جَازَ التَّخَتُّمُ بِالفِضَّةِ لهُمْ لقَصْدِ الخَتْمِ أَوْ لغَيْرِهِ لمْ يَكُنْ حَليًا أَوْ كَانَ نَاقِصًا فِي كَوْنِهِ حَليًا فَكَانَ مُبَاحًا (وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَهَبٍ حَنِثَ) يَعْنِي كَيْفَمَا كَانَ سَوَاءٌ كَانَ فِيهِ فَصٌّ أَوْ لمْ يَكُنْ.

قِيل الخَوَاتِيمُ ثَلاثَةٌ، الذَّهَبُ مُطْلقًا، وَالفِضَّةُ المَفْصُوصَةُ وَالحَالفُ أَنْ لا يَلبَسَ حَليًا يَحْنَثُ بِلُبْسِهِمَا، وَالفِضَّةُ الغَيْرُ المَفْصُوصَةُ وَالحَالفُ لا يَحْنَثُ بِلُبْسِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَلوْ لبِسَ عِقْدَ لُؤْلُؤٍ) ظَاهِرٌ، وَالعِقْدُ بِالكَسْرِ هُوَ القِلادَةُ، وَالتَّرْصِيعُ التَّرْكِيبُ، يُقَالُ تَاجٌ مُرَصَّعٌ بِالجَوَاهِرِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى سُمِّيَ بِهِ فِي القُرْآنِ) أَيْ بِالحَليِ يُرِيدُ بِهِ قَوْلهُ تَعَالى ﴿وَتَسْتَخْرِجُواْ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [النحل: ١٤] وقَوْله تَعَالى ﴿يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا﴾ [الحج: ٢٣] جَعَل اللُّؤْلُؤَ حَليًا بِجَعْلهِ تَفْسِيرًا لقَوْلهِ تَعَالى ﴿يُحَلَّوْنَ﴾.

(وَمَن حَلفَ لا يَنَامُ عَلى فِرَاشٍ فَنَامَ عَليهِ وَفَوقَهُ قِرَامٌ حَنِثَ) لأَنَّهُ تَبَعُ الفِرَاشِ فَيُعَدُّ نَائِمًا عَليهِ (وَإِن جَعَل فَوقَهُ فِرَاشًا آخَرَ فَنَامَ عَليهِ لا يَحنَثُ) لأنَّ مِثل الشَّيءِ لا يَكُونُ تَبَعًا لهُ فَقَطَعَ النِّسبَةَ عَن الأوَّل.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ) (**حَلفَ لا يَنَامُ عَلى فِرَاشٍ**) يُرِيدُ **عَلى فِرَاشٍ بِعَيْنِهِ** بِدَليل قَوْلهِ وَإِنْ جَعَل فَوْقَهُ فِرَاشًا آخَرَ فَنَامَ عَليْهِ لا يَحْنَثُ، فَإِنَّهُ لوْ كَانَ عَلى حَقِيقَتِهِ مُنَكَّرًا لحَنِثَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا لأَنَّهُ نَامَ عَلى فِرَاشٍ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ تَبَعٌ لهُ فَلا يُعْتَبَرُ حَائِلا) يُشِيرُ إِلى أَنَّهُ لوْ نَزَعَ ثَوْبَهُ وَطَرَحَهُ عَلى الأَرْضِ وَجَلسَ عَليْهِ لمْ يَحْنَثْ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ لمْ يَبْقَ ثَوْبُهُ تَبَعًا لهُ فَصَارَ بِمَنْزِلةِ البِسَاطِ وَالحَصِيرِ.

(وَلو حَلفَ لا يَجلسُ عَلى الأرضِ فَجَلسَ عَلى بِسَاطٍ أَو حَصِيرٍ لم يَحنَث) لأَنَّهُ لا يُسَمَّى جَالسًا عَلى الأرضِ، بِخِلافِ مَا إذَا حَال بَينَهُ وَبَينَ الأَرضِ لبَاسُهُ لأَنَّهُ تَبَعٌ لهُ فَلا يُعتَبَرُ حَائِلا (وَإِن حَلفَ لا يَجلسُ عَلى سَرِيرٍ فَجَلسَ عَلى سَرِيرٍ فَوقَهُ بِسَاطٌ أَو حَصِيرٌ حَنِث) لأَنَّهُ يُعَدُّ جَالسًا عَليهِ، وَالجُلُوسُ عَلى السَّرِيرِ فِي العَادَةِ كَذَلكَ، بِخِلافِ مَا إذَا جَعَل فَوقَهُ سَرِيرًا آخَرَ لأَنَّهُ مِثلُ الأَوَّل فَقَطَعَ النِّسبَةَ عَنهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ حَلفَ لا يَجْلسُ عَلى سَرِيرٍ) ظَاهِرٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

بَابُ اليَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالقَتْل وَغَيْرِه

(وَمَن قَال لآخَرَ إن ضَرَبتُك فَعَبدِي حُرٌّ فَمَاتَ فَضَرَبَهُ فَهُوَ عَلى الحَيَاةِ) لأَنَّ الضَّربَ اسمٌ لفِعلٍ مُؤلمٍ يَتَّصِلُ بِالبَدَنِ، وَالإِيلامُ لا يَتَحَقَّقُ فِي المَيِّتِ، وَمَن يُعَذَّبُ فِي القَبرِ تُوضَعُ فِيهِ الحَيَاةُ فِي قَول العَامَّةِ وَكَذَلكَ الكِسوَةُ لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمليكُ عِندَ الإِطلاقِ، وَمِنهُ الكِسوَةُ فِي الكَفَّارَةِ وَهُوَ مِن المَيِّتِ لا يَتَحَقَّقُ إلا أَن يَنوِيَ بِهِ السَّترَ، وَقِيل بِالفَارِسِيَّةِ يَنصَرِفُ إلى اللُّبسِ (وَكَذَا الكَلامُ وَالدُّخُولُ) لأَنَّ المَقصُودَ مِن الكَلامِ الإِفهَامُ وَالمَوتُ يُنَافِيهِ، وَالمُرَادُ مِن الدُّخُول عَليهِ زِيَارَتُهُ وَبَعدَ المَوتِ يُزَارُ قَبرُهُ لا هُوَ.

الشرح:

(بَابُ اليَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالقَتْل وَغَيْرِه): يُرِيدُ بِالغَيْرِ الغُسْل وَالكِسْوَةَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ وَجْهِ المُنَاسَبَةِ فِي البَابِ المُتَقَدِّمِ (وَمَنْ قَال لآخَرَ إنْ ضَرَبْتُك فَعَبْدِي حُرٌّ فَمَاتَ فَضَرَبَهُ فَهُوَ عَلى الحَيَاةِ لأَنَّ الضَّرْبَ اسْمٌ لفِعْلٍ مُؤْلمٍ يَتَّصِلُ بِالبَدَنِ) وَهُوَ لا يَتَحَقَّقُ فِي المَيِّتِ لانْتِفَاءِ الإِيلامِ فِيهِ، وَنُوقِضَ بِقَوْلهِ تَعَالى ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: ٤٤]، فَقَدْ بَرَّ أَيُّوبُ عَليْهِ السَّلامُ فِي يَمِينِهِ بِالضَّرْبِ بِهَذَا الذِي ذُكِرَ، وَلَمْ يُوجَدْ الإِيلامُ لمَا أَنَّ الضِّغْثَ عِبَارَةٌ عَنْ الحُزْمَةِ الصَّغِيرَةِ مِنْ رَيْحَانٍ أَوْ حَشِيشٍ فَلمْ يَكُنْ لمَجْمُوعِهِ إيلامٌ فَكَيْفَ لأَجْزَائِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ جَازَ أَنْ يَكُونَ هَذَا حُكْمًا ثَابِتًا بِالنَّصِّ فِي حَقِّ أَيُّوبَ عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ خَاصَّةً إكْرَامًا لهُ فِي حَقِّ امْرَأَتِهِ تَخْفِيفًا عَليْهَا لعَدَمِ جِنَايَتِهَا عَلى خِلافِ القِيَاسِ فَلا يَلحَقُ بِهِ غَيْرُهُ، هَذَا إذَا لمْ يَكُنْ لأَجْزَاءِ الضِّغْثِ إيلامٌ عَلى مَا ذُكِرَ فِي تَفْسِيرِ

الضِّغْث.

وَرُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ الضِّغْثَ عِبَارَةٌ عَنْ القَبْضَةِ مِنْ الشَّجَرِ فَجَازَ أَنْ يُصِيبَهَا أَلَمُ أَجْزَائِهَا فَكَانَ حُكْمُهُ بَاقِيًا فِي شَرِيعَتِنَا أَيْضًا، وَتَمَامُ الكَلَامِ فِيهِ فِي الكَشَّافِ وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ: وَمَنْ **حَلَفَ لَيَضْرِبَن فُلانًا مِائَةَ سَوْطٍ فَضَرَبَهُ بِهَا ضَرْبَةً وَاحِدَةً** إنْ وَصَلَ إلَيْهِ كُلُّ سَوْطٍ بِحِيَالِهِ بَرَّ فِي يَمِينِهِ، وَالإِيلَامُ شَرْطٌ فِيهِ لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ الضَّرْبِ الإِيلَامُ.

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ يُعَذَّبُ فِي القَبْرِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ قَوْلُكُمْ الإِيلَامُ لا يَتَحَقَّقُ فِي المَيِّتِ يُشْكِلُ بِعَذَابِ المَيِّتِ فِي القَبْرِ، وَقَيَّدَ بِقَوْلِ العَامَّةِ احْتِرَازًا عَنْ قَوْلِ أَبِي الحُسَيْنِ الصَّالِحِيِّ، فَإِنَّ المَيِّتَ عِنْدَهُ يُعَذَّبُ مِنْ غَيْرِ حَيَاةٍ وَلا يَشْتَرِطُ الحَيَاةَ لِتَعْذِيبِ المَيِّتِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَلِكَ الكِسْوَةُ) يَعْنِي إنْ **قَالَ إنْ كَسَوْتُك فَعَبْدِي حُرٌّ فَكَسَاهُ بَعْدَ المَوْتِ** لا يَحْنَثُ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ) أَيْ الكِسْوَةِ عَلَى تَأْوِيلِ الإِكْسَاءِ (التَّمْلِيكُ عِنْدَ الإِطْلَاقِ، وَمِنْهُ الكِسْوَةُ فِي الكَفَّارَةِ وَهُوَ مِنْ المَيِّتِ لا يَتَحَقَّقُ إلا أَنْ يَنْوِيَ بِهِ) أَيْ الكِسْوَةِ (السَّتْرَ) فَحِينَئِذٍ يَحْنَثُ لأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ (وَقِيلَ بِالفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إلى اللُّبْسِ) دُونَ التَّمْلِيكِ وَهُوَ قَوْلُ الفَقِيهِ أَبُو اللَّيْثِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ لا يَحْنَثُ لأَنَّهُ إذَا **حَلَفَ لا يَلْبَسُ فُلانًا فَأَلْبَسَهُ وَهُوَ مَيِّتٌ** حَنِثَ لأَنَّ الإِلْبَاسَ عِبَارَةٌ عَنْ السَّتْرِ وَالتَّغْطِيَةِ وَالمَيِّتُ مَحَلٌّ لِذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الكَلامُ وَالدُّخُولُ) يَعْنِي إذَا **حَلَفَ لا يُكَلِّمُ فُلانًا أَوْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ عَلَى فُلانٍ فَكَلَّمَهُ أَوْ دَخَلَ عَلَيْهِ بَعْدَمَا مَاتَ** لا يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ (لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ الكَلَامِ الإِفْهَامُ وَالمَوْتُ يُنَافِيهِ، وَالمُرَادُ بِالدُّخُولِ عَلَيْهِ زِيَارَتُهُ وَبَعْدَ المَوْتِ يُزَارُ قَبْرُهُ لا هُوَ) فَإِنْ قِيلَ: قَدْ رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كَلَّمَ أَصْحَابَ القَلِيبِ حَيْثُ سَمَّاهُمْ بِأَسْمَائِهِمْ فَقَالَ: **هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا فَقَدْ وَجَدْتُ مَا وَعَدَنِي رَبِّي حَقًّا؟**» أُجِيبَ بِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ مُعْجِزَةً لَهُ ﷺ.

(وَلَو قَالَ: إن غَسَّلتُك فَعَبدِي حُرٌّ فَغَسَّلَهُ بَعدَ مَا مَاتَ يَحنَثُ) لأَنَّ الغُسلَ هُوَ الإِسَالَةُ وَمَعنَاهُ التَّطهِيرُ وَيَتَحَقَّقُ ذَلكَ فِي المَيِّتِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ) يَعْنِي التَّطْهِيرَ (فِي المَيِّتِ) أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ صَلى وَهُوَ يَحْمِلُ مَيِّتًا مُسْلِمًا لَمْ يُغَسَّلْ لا تَجُوزُ وَإِنْ كَانَ مَغْسُولا جَازَتْ.

(وَمَن حَلفَ لا يَضرِبُ امرَأَتَهُ فَمَدَّ شَعرَهَا أَو خَنَقَهَا أَو عَضَّهَا حَنِثَ) لأَنَّهُ اسمٌ لفِعلٍ مُؤلمٍ وَقَد تَحقَّقَ الإِيلامُ، (وَقِيل لا يَحنَثُ فِي حَال المُلاعَبَةِ) لأَنَّهُ يُسَمَّى مُمَازَحَةً لا ضَربًا

الشرح:

(وَمَنْ حَلفَ لا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَمَدَّ شَعْرَهَا أَوْ خَنَقَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنِثَ لأَنَّهُ اسْمٌ لفِعْلٍ مُؤْلِمٍ) يَتَّصِلُ بِالبَدَنِ (وَقَدْ تَحَقَّقَ الإِيلامُ) مِنْ هَذِهِ الأَفْعَال (وَقِيل لا يَحْنَثُ فِي حَال المُلاعَبَة) وَإِنْ أَوْجَعَهَا وَآلَمَهَا لأَنَّهُ يُسَمَّى فِي العُرْفِ مُمَازَحَةً لا ضَرْبًا، وَهُوَ مَنْقُولٌ عَنْ الإِمَامِ فَخْرِ الإِسْلامِ.

(وَمَن قَال: إن لم أَقتُل فُلانًا فَامرَأَتُهُ طَالقٌ وَفُلانٌ مَيِّتٌ وَهُوَ عَالمٌ بِهِ حَنِثَ) لأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلى حيَاةٍ يُحدِثُهَا اللهُ فِيهِ وَهُوَ مُتَصَوَّرٌ فَيَنعَقِدُ ثُمَّ يَحنَثُ للعَجزِ العَادِيِّ (فَإِن لم يَعلم بِهِ لا يَحنَثُ) لأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلى حيَاةٍ كَانَت فِيهِ وَلا تُتَصَوَّرُ فَيَصِيرُ قِيَاسُ مَسأَلةِ الكُوزِ عَلى الاختِلافِ، وَليسَ فِي تِلكَ المَسأَلةِ تَفصِيلُ العِلمِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَال إنْ لَمْ أَقْتُل فُلانًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ كَمَا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ فَقَال فِيه: وَلَوْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّ الكُوزَ لا مَاءَ فيه فَحَلفَ وَقَال إنْ لَمْ أَشْرَبْ المَاءَ الذي فِي هَذَا الكُوزِ اليَوْمَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ حَنِثَ بالاتِّفَاق.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَة أُخْرَى أَنَّهُ لا يَحْنَثُ عَلمَ أَوْ لَمْ يَعْلمْ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لأَنَّهُ عَقَدَ اليَمِينَ عَلى شُرْب المَاء المَوْجُود فِي الكُوز، وَاللهُ تَعَالى أَعْلمُ، وَإِنْ أَحْدَثَ فِي الكُوزِ مَاءً فَليْسَ هُوَ المَاءُ الذي كَانَ مَوْجُودًا فِي الكُوزِ وَقْتَ اليَمِينِ لأَنَّ المَاءَ الذي أُضِيفَ إليْه الشُّرْبُ لا يَحْتَمِلُ الوُجُودَ إذْ الحَادِثُ غَيْرُهُ، بخلاف مَسْأَلة القَتْل إذْ كَانَ يَعْلمُ بمَوْتِ فُلانٍ لأَنَّهُ عَقَدَ يَمينَهُ عَلى فِعْل القَتْل فِي فُلانٍ، فَإِذَا أَحْيَاهُ اللهُ تَعَالى فَهُوَ فُلانٌ لقَوْله تَعَالى ﴿ فَأَمَاتَهُ ٱللَّهُ مِاْئَةَ عَامٍ ثُمَّ بَعَثَهُۥ ﴾ [البقرة: ٢٥٩] وَكَانَ مَا عَقَدَ عَليْهِ اليَمِينَ مُتَوَهَّمًا، وَالعَادِيُّ مَنْسُوبٌ إلى العَادَة كَالإِرَادِيِّ مَنْسُوبٌ إلى

الإِرَادَةِ، فَإِنَّ تَاءَ التَّأْنِيثِ تُحْذَفُ فِي النِّسْبَةِ.

باب اليمين في تقاضي الدراهم

(وَمَن حَلفَ لَيَقضِيَنَّ دَينَهُ إلى قَرِيبٍ فَهُوَ عَلى مَا دُونَ الشَّهرِ، وَإن قَال إلى بَعِيدٍ فَهُوَ أكثرُ مِن الشَّهرِ) لأنَّ مَا دُونَهُ يُعَدُّ قَرِيبًا، وَالشَّهرُ وَمَا زَادَ عَليهِ يُعَدُّ بَعِيدًا، وَلِهَذَا يُقَالُ عِندَ بُعدِ العَهدِ مَا لَقِيتُك مُنذُ شَهرٍ.

الشرح:

(بَابُ الْيَمِينِ فِي تَقَاضِي الدَّرَاهِمِ): لَمَّا كَانَتْ الدَّرَاهِمُ مِنْ الوَسَائِلِ دُونَ المَقَاصِدِ فِي المُعَامَلاتِ وَغَيْرِهَا أَخَّرَ اليَمِينَ التِي تَتَعَلَّقُ بِهَا وَخَصَّ الدَّرَاهِمَ بِالذِّكْرِ لِكَوْنِهَا أَكْثَرَ اسْتِعْمَالا، وَلَقَّبَ البَابَ بِالتَّقَاضِي وَالمَسَائِلِ المَذْكُورَةَ فِيهِ بِلَفْظِ القَضَاءِ وَالقَبْضِ وَالعَدَدِ لأَنَّ التَّقَاضِيَ سَبَبٌ لِلقَضَاءِ وَالقَبْضِ فَلُقِّبَ بِمَا هُوَ سَبَبٌ لِمَا هُوَ المَذْكُورُ فِيهِ، هَذَا مَا قَالهُ الشَّارِحُونَ.

وَأَقُولُ: جَمِيعُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ مِنْ المَسَائِلِ مَبْنَاهُ عَلَى التَّقَاضِي عَلَى مَا أُصَرِّحُ بِذِكْرِهِ عِنْدَ رَأْسِ كُل مَسْأَلةٍ، وَالأَصْلُ فِي هَذَا البَابِ أَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَأَنَّ العَيْبَ لا يَعْدَمُ الجِنْسَ، وَأَنَّ مَا دُونَ الشَّهْرِ قَرِيبٌ وَمَا فَوْقَهُ بَعِيدٌ.

قَال: (وَمَنْ حَلفَ لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ). **تَقَاضَى الرَّجُلُ دَيْنَهُ وَأَلَحَّ فَحَلفَ غَرِيمُهُ لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ** (إلى قَرِيبٍ فَهُوَ مَا دُونَ الشَّهْرِ، وَإِنْ قَال إلى بَعِيدٍ فَهُوَ أَكْثَرُ مِنْ الشَّهْرِ) لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وَجَعَلَ الشَّهْرَ أَيْضًا بَعِيدًا لأَنَّهُ فِي العُرْفِ يُعَدُّ بَعِيدًا

(وَمَن حَلفَ لَيَقضِيَنَّ فُلانًا دَينَهُ اليَومَ فَقَضَاهُ ثُمَّ وَجَدَ فُلانٌ بَعضَهَا زُيُوفًا أَو نَبَهرَجَةً أَو مُستَحَقَّةً لم يَحنَث الحَالفُ) لأنَّ الزِّيَافَةَ عَيبٌ وَالعَيبُ لا يُعدِمُ الجِنسَ، وَلِهَذَا لو تَجُوزُ بِهِ صَارَ مُستَوفِيًا، فَوُجِدَ شَرطُ البِرِّ وَقَبضُ المُستَحَقَّةِ صَحِيحٌ وَلا يَرتَفِعُ بِرَدِّهِ البِرُّ المُتَحَقِّقُ (وَإن وَجَدَهَا رَصَاصًا أَو سَتُّوقَةً حَنِث) لأنَّهُمَا لَيسَا مِن جِنسِ الدَّرَاهِمِ حَتَّى لا يَجُوزَ التَّجَوُّزُ بِهِمَا فِي الصَّرفِ وَالسَّلَمِ (وَإن بَاعَهُ بِهَا عَبدًا وَقَبَضَهُ بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لأنَّ قَضَاءَ الدَّينِ طَرِيقُهُ المُقَاصَّةُ وَقَد تَحَقَّقَت بِمُجَرَّدِ البَيعِ فَكَأَنَّهُ شَرَطَ القَبضَ لِيَتَقَرَّرَ بِهِ (وَإن وَهَبَهَا لهُ) يَعنِي الدَّينَ (لم يَبَرَّ) لِعَدَمِ المُقَاصَّةِ لأنَّ القَضَاءَ فِعلُهُ، وَالهِبَةُ إسقَاطٌ مِن صَاحِبِ الدَّينِ.

الشرح:

وَإِنْ زَادَ فِي التَّقَاضِي (**فَحَلفَ لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ اليَوْمَ فَقَضَاهُ ثُمَّ وَجَدَ فُلانٌ بَعْضَهَا زُيُوفًا أَوْ نَبَهْرَجَةً أَوْ مُسْتَحَقَّةً** بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ، وَالزَّيْفُ مَا يَرُدُّهُ بَيْتُ المَالِ، وَالنَّبَهْرَجُ مَا يَرُدُّهُ التُّجَّارُ، وَسَيَأْتِي فِي كِتَابِ البُيُوعِ.

وَقَوْلُهُ (فَوُجِدَ شَرْطُ بِرِّهِ) يَعْنِي قَضَاءَ دَيْنِهِ فِي اليَوْمِ (وَقَبْضُ المُسْتَحَقَّةِ صَحِيحٌ) أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى بِهَا شَيْئًا فَأَخَذَهَا المُسْتَحِقُّ بَقِيَ البَيْعُ صَحِيحًا، وَلَوْ لَمْ يَصِحَّ قَبْضُ المُسْتَحَقَّةِ لَبَطَلَ البَيْعُ لِكَوْنِهِ بِلا ثَمَنٍ (وَلا يَرْتَفِعُ بِرَدِّهِ) أَيْ بِرَدِّ مَا قَضَى مِنْ الزُّيُوفِ أَوْ النَّبَهْرَجَةِ أَوْ المُسْتَحَقَّةِ (البِرُّ المُتَحَقِّقُ) لأَنَّ اليَمِينَ لَمَّا انْحَلتْ بِوُجُودِ الشَّرْطِ لَمْ يَقْبَل الفَسْخَ وَالانْتِفَاضَ كَالكِتَابَةِ، فَإِنَّ مَوْلَى المُكَاتَبِ إِذَا رَدَّ البَدَلَ لِكَوْنِهِ زَيْفًا أَوْ نَبَهْرَجَةً أَوْ اسْتَرَدَّ بِالاسْتِحْقَاقِ لا يُنْتَقَضُ العِتْقُ، بِخِلافِ قَضَاءِ الدَّيْنِ فَإِنَّهُ يُنْتَقَضُ بِرَدِّ المَقْبُوضِ لِعَيْبٍ أَوْ اسْتِحْقَاقٍ لأَنَّ مَبْنَاهُ المُقَاصَّةُ وَقَدْ زَالَتْ.

قَوْلُهُ (وَإِنْ وَجَدَهَا رَصَاصًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ طَرِيقُهُ المُقَاصَّةُ) بَيَانُهُ أَنَّ مَا يَقْبِضُهُ رَبُّ الدَّيْنِ يَصِيرُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ لأَنَّهُ يَقْبِضُهُ لِنَفْسِهِ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ، وَلِرَبِّ الدَّيْنِ عَلَى المَدْيُونِ مِثْلُهُ، أَيْ مِثْلُ مَا فِي ذِمَّتِهِ فَيَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا (وَقَدْ تَحَقَّقَتْ بِمُجَرَّدِ البَيْعِ) لأَنَّ ثَمَنَ العَبْدِ آخِرُ الدَّيْنَيْنِ فَيَكُونُ قَضَاءً عَنْ الأَوَّلِ، وَإِنَّمَا كَانَ طَرِيقُ قَضَاءِ الدَّيْنِ المُقَاصَّةَ لأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ حَقِيقَةً لا يُتَصَوَّرُ لأَنَّ القَضَاءَ يُصَادِفُ العَيْنَ وَحَقُّ صَاحِبِ الدَّيْنِ فِي وَصْفٍ فِي الذِّمَّةِ وَلِهَذَا قَالُوا الدُّيُونُ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا.

وَقَوْلُهُ (فَكَأَنَّهُ شَرَطَ القَبْضَ) كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلى الجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ لَوْ تَحَقَّقَتْ المُقَاصَّةُ بِمُجَرَّدِ البَيْعِ لِمَا قَالَ مُحَمَّدٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَيَقْبِضُهُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ اشْتِرَاطَ القَبْضِ لِيَكُونَ هَذَا الدَّيْنُ مِثْلَ الدَّيْنِ الذِي لِلمُشْتَرِي عَلَيْهِ لأَنَّ مَالَهُ مِنْ الدَّيْنِ عَلَيْهِ مُتَقَرِّرٌ وَثَمَنُ العَبْدِ غَيْرُ مُتَقَرِّرٍ قَبْلَ القَبْضِ لأَنَّهُ عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ بِمَوْتِهِ، فَإِذَا قَبَضَهُ صَارَ مُتَقَرِّرًا فَيَكُونُ مِثْلَهُ فَيَتَقَاصَّانِ (وَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ) أَيْ إِنْ وَهَبَ الدَّائِنُ دَيْنَهُ لِلمَدْيُونِ (لَمْ يَبَرَّ) الحَالِفُ (لِعَدَمِ المُقَاصَّةِ) لأَنَّ المَحْلُوفَ عَلَيْهِ فِعْلُهُ وَهُوَ القَضَاءُ (وَالهِبَةُ) لَيْسَتْ فِعْلَهُ لأَنَّهَا (إِسْقَاطٌ مِنْ صَاحِبِ الدَّيْنِ) وَإِنَّمَا قَالَ لَمْ يَبَرَّ لأَنَّهُ أَعَمُّ مِنْ الحِنْثِ، فَكَأَنَّهُ أَشَارَ بِذَلِكَ إِلى أَنَّهُ لَمْ يَبَرَّ وَلَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِفَوَاتِ

المَحْلُوف عَلَيْه وَهُوَ الدَّيْنُ، وَفَوَاتُ المَحْلُوفِ عَلَيْه عِنْدَهُمَا جِهَةٌ فِي بُطْلانِ اليَمِينِ كَمَا فِي مَسْأَلة الكُوزِ عَلى مَا تَقَدَّمَ.

قَال بَعْضُ الشَّارِحِينَ: وَلَنَا فِيه نَظَرٌ لأَنَّهُ حِينَئذ يَلزَمُ ارْتِفَاعُ النَّقِيضَيْنِ، وَهُوَ فَاسِدٌ بِمَرَّةٍ لأَنَّ البِرَّ نَقِيضُ الحِنْث، فَمِنْ وُجُود أَحَدِهِمَا يَلزَمُ ارْتِفَاعُ الآخَرِ وَمِنْ ارْتِفَاعِ أَحَدِهِمَا يَلزَمُ وُجُودُ الآخَرِ، فَلا يَجُوزُ أَنْ يَرْتَفِعَا جَمِيعًا.

وَأَقُولُ: لَيْسَا بِنَقِيضَيْنِ عَلى اصْطِلاحِ أَهْلِ المَعْقُول وَغَيْرُ الحَالف لا يَتَّصِفُ بِأَحَدِهِمَا وَشَأْنُ النَّقِيضَيْنِ لَيْس كَذَلكَ، فَإِذَا بَطَل اليَمِينُ بِفَوَاتِ تَصَوُّرِ البِرِّ صَارَ كَغَيْرِ الحَالف مِنْ النَّاسِ فَيَجُوزُ أَنْ لا يَتَّصِفَ بِوَاحِد مِنْهُمَا.

(وَمَن حلفَ لا يَقبِضُ دَينَهُ دِرهمًا دُونَ دِرهَمٍ فقَبَضَ بَعضَهُ لم يَحنَث حتَّى يَقبِضَ جَميعَهُ) لأنَّ الشَّرطَ قَبضُ الكُل وَلكِنَّهُ بِوَصفِ التَّفَرُّق، ألا يُرَى أنَّهُ أضَافَ القَبضَ إلى دَينٍ مُعَرَّفٍ مُضَافٍ إليهِ فَيَنصَرِفُ إلى كُلهِ فَلا يَحنَثُ إلا بِهِ (فَإن قَبضَ دَينَهُ فِي وَزنَينِ لم يَتَشَاغَل بَينَهُمَا إلا بِعمَلِ الوَزنِ لم يَحنَث وَليسَ ذَلكَ بِتَفرِيقٍ) لأنَّهُ قَد يَتَعَذَّرُ قَبضُ الكُل دُفعَةً وَاحِدَةً عَادَةً فَيَصِيرُ هَذَا القَدرُ مُستَثنًى مِنهُ.

الشرح:

وَإِذَا تَقَاضَى **دَيْنَهُ فَقَال أَقْضِيهَا مُنَجَّمًا فَحَلفَ** (لا **يَقْبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَمًا دُونَ دِرْهَمٍ فَقَبَضَ بَعْضَهُ** لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْبِضَ الجَمِيعَ) مُتَفَرِّقًا لأَنَّ شَرْطَ الحِنْث أَمْرٌ مُرَكَّبٌ مِنْ قَبْضِ الكُل بِوَصْفِ التَّفَرُّقِ لأَنَّهُ أَضَافَ القَبْضَ إلى دَيْنٍ مُعَرَّفٍ مُضَافٍ إلَيْه، وَهُوَ اسْمٌ لِكُل مَا لهُ عَلَيْه (فَيَنْصَرِفُ إلَيْه) وَالمُرَكَّبُ يَنْتَفِي بِانْتِفَاءِ جُزْئِه، فَإِذَا وُجِدَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ لَمْ يَحْنَثْ، وَهَاهُنَا إِنْ فَاتَ عَدَمُ التَّفَرُّقِ لَمْ يُوجَدْ قَبْضُ الجَمِيعِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ قَبَضَ دَيْنَهُ فِي وَزْنَيْنِ) ظَاهِرٌ.

(وَمَن قَال: إن كَانَ لي إلا مِائَةُ دِرهَمٍ فَامرَأتُهُ طَالقٌ فَلا يَملكُ إلا خَمسِينَ دِرهَمًا لم يَحنَث) لأنَّ المَقصُودَ مِنهُ عُرفًا نَفيُ مَا زَادَ عَلَى المِائَةِ وَلأنَّ استِثنَاءَ المِائَةِ استِثنَاؤُهَا بِجَمِيعِ أجزَائِهَا (وَكَذَلكَ لو قَال غَيرَ مِائَةٍ أو سِوَى مِائَةٍ) لأنَّ كُل ذَلكَ أدَاةُ الاستِثنَاءِ.

الشرح:

وَمَنْ تَقَاضَى مِنْ غَرِيمِه مِائَتَيْنِ فَقَال لا أَمْلكُ ذَلكَ المِقْدَارَ فَلَمْ يُصَدِّقْهُ فَقَال (إِنْ

كَانَ لِي إلا مائَةُ دِرْهَمٍ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَلَمْ يَمْلِكْ إلا خَمْسِينَ دِرْهَمًا لَمْ يَحْنَثْ) لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ. قَوْلُهُ (وَلأَنَّ اسْتِثْنَاءَ المائَة اسْتِثْنَاؤُهَا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا) يَعْنِي فَكَانَ اسْتِثْنَاءُ الخَمْسِينَ دَاخِلا تَحْتَ اسْتِثْنَاءِ المائَة لأَنَّ الخَمْسِينَ مِنْ أَجْزَاءِ المائَة فَلِذَلِكَ لَمْ يَحْنَثْ.

مسائل متفرقة

(وَإِذَا حَلَفَ لا يَفعَلُ كَذَا تَركَهُ أَبدًا) لأَنَّهُ نَفَى الفِعل مُطلقًا فَعَمَّ الامتِنَاعُ ضَرُورَةَ عُمُومِ النَّفيِ (وَإِن حَلَفَ ليَفعَلَنَّ كَذَا فَفَعَلَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لأَنَّ المُلتَزَمَ فِعلٌ وَاحِدٌ غَيرُ عَينٍ، إذ المَقَامُ مَقَامُ الإِثبَاتِ فَيَبَرُّ بِأَيِّ فِعلٍ فَعَلَهُ، وَإِنَّمَا يَحنَثُ بِوُقُوعِ اليَأسِ عَنهُ وَذَلكَ بِمَوتِهِ أَو بِفَوتِ مَحَل الفِعل.

الشرح:

(**مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ**): أَيْ هَذِهِ المَسَائِلُ التِي أَذْكُرُهَا مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ، وَمِنْ دَأْبِ المُصَنِّفِينَ ذِكْرُ مَا شَذَّ مِنْ الأَبْوَابِ فِي آخرِ الكِتَابِ.

(وَإِذَا **حَلَفَ لا يَفْعَلُ كَذَا** تَرَكَهُ أَبَدًا) اليَمِينُ عَلى فِعْل الشَّيْءِ أَوْ تَرْكه لا تَخْلُو إمَّا أَنْ تَكُونَ مُؤَقَّتَةً بِوَقْت كَيَوْمٍ وَشَهْرٍ أَوْ مُطْلَقَة، فَإِنْ كَانَ الثَّاني وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ، فَإِنْ كَانَ عَلى التَّرْك تَرَكَهُ أَبَدًا، وَإِنْ كَانَ عَلى الفعْل بَرَّ بِفعْله مَرَّةً عَلى أَيِّ وَجْه كَانَ نَاسيًا أَوْ عَامدًا مُخْتَارًا أَوْ مُكْرَهًا أَوْ بِطَرِيقِ التَّوْكِيل؛ لأَنَّ الفعْل مُشْتَملٌ عَلى مَصْدَرِه اشْتِمَال الكُل عَلى الجُزْءِ، وَهُوَ مُنَكَّرٌ لعَدَمِ الحَاجَة إلى التَّعْرِيف، وَالنَّكِرَةُ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ تَعُمُّ فَيُوجبُ عُمُومَ الامْتِنَاعِ، وَفِي الإِثْبَات تَخُصُّ، فَإِنْ فَعَلَهُ فِي صُورَةِ النَّفْيِ مَرَّةً حَنِثَ، وَإِنْ فَعَلَهُ فِي صُورَة الإِثْبَات مَرَّةً بَرَّ.

(وَإِنَّمَا يَحْنَثُ بِوُقُوعِ اليَأْسِ عَنْهُ وَذَلكَ بِمَوْت الحَالف أَوْ بِفَوْت مَحَل الفعْل) فَإِنْ كَانَ الأَوَّل وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الكِتَاب فَإِنَّهُ لا يَحْنَثُ فِيه قَبْل مُضيِّ الوَقْت وَإِنْ وَقَعَ اليَأْسُ بِمَوْته أَوْ بِفَوْت المَحَل لأَنَّ الوَقْتَ مَانِعٌ مِنْ الانْحلال، إذْ لَوْ انْحَل قَبْل مُضيِّ الوَقْت لَمْ يَكُنْ للتَّوْقِيت فَائدَةٌ

(وَإِذَا استَحلَفَ الوَالِي رَجُلا ليُعلمَنَّهُ بِكُل دَاعِرٍ دَخَل البَلَدَ فَهَذَا عَلى حَال وِلايَتِهِ خَاصَّة) لأَنَّ المَقصُودَ مِنهُ دَفعُ شَرِّهِ أَو شَرِّ غَيرِهِ بِزَجرِهِ فَلا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ بَعدَ زَوَال سَلطَنَتِهِ، وَالزَّوَالُ بِالمَوتِ وَكَذَا بِالعَزل إلى ظَاهِرِ الرِّوَايَة

الشرح:

(وَإِذَا اسْتَحْلَفَ الوَالِي رَجُلا لِيُعْلِمَهُ بِكُل دَاعِرٍ) أَيْ مُفْسِدٍ خَبِيثٍ مِنْ الدَّعَارَةِ وَهِيَ الخُبْثُ وَالفَسَادُ (دَخَل البَلَدَ كَانَ الإِعْلامُ وَاجِبًا حَال وِلايَتِهِ خَاصَّةً) وَلَيْسَ يَلزَمُ الإِعْلامُ حَال دُخُولِهِ، وَإِنَّمَا يَلزَمُهُ أَنْ لا يُؤَخِّرَ الإِعْلامَ إِلى مَا بَعْدَ مَوْتِ الوَالِي أَوْ عَزْلِهِ عَلى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ) أَيْ مِنْ الإِعْلامِ (دَفْعُ شَرِّهِ) أَيْ شَرُّ نَفْسِ الدَّاعِرِ (أَوْ شَرُّ غَيْرِهِ بِزَجْرِهِ) فَإِنَّ الوَالِيَ إِذَا زَجَرَهُ وَأَدَّبَهُ لِدَعَارَتِهِ يَنْزَجِرُ غَيْرُهُ مِنْ الدَّعَارَةِ لوْ كَانَتْ فِي قَصْدِهِ أَوْ نِيَّتِهِ، وَهَذَا المَقْصُودُ إِنَّمَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ إِذَا كَانَ الوَالِي قَادِرًا عَلى تَنْفِيذِهِ وَذَلكَ بِالسَّلطَنَةِ وَالسَّلطَنَةُ تَزُولُ بِالمَوْتِ لا مَحَالةَ (وَكَذَلكَ بِالعَزْل فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الإِعْلامُ عَلى الحَالفِ بَعْدَ عَزْل المُسْتَحْلفِ أَيْضًا لأَنَّهُ مُفِيدٌ فِي الجُمْلةِ.

(وَمَن حلفَ أَن يَهَبَ عَبدَهُ لفُلانٍ فوَهَبَهُ وَلم يَقبَل بَرَّ فِي يَمِينِهِ) خِلافًا لزُفَرَ فَإِنَّهُ يَعتَبِرُهُ بِالبَيعِ لأَنَّهُ تَمليكٌ مِثلُهُ. وَلنَا أَنَّهُ عَقدُ تَبَرُّعٍ فَيَتِمُّ بِالمُتَبَرِّعِ وَلهَذَا يُقَالُ وُهِبَ وَلم يَقبَل، وَلأَنَّ المَقصُودَ إِظهَارُ السَّمَاحَةِ وَذَلكَ يَتِمُّ بِهِ، أَمَّا البَيعُ فَمُعَاوَضَةٌ فَاقتَضَى الفِعل مِن الجَانِبَينِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ) (حَلفَ أَنْ يَهَبَ) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ، وَاخْتَلفَ أَصْحَابُنَا فِي ثُبُوتِ المِلكِ قَبْل القَبُول، فَمِنْهُمْ مَنْ قَال بِثُبُوتِهِ إِلا أَنَّهُ بِالرَّدِّ يُنْتَقَضُ دَفْعًا لضَرَرِ المِنَّةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَال بِعَدَمِهِ لاحْتِمَال أَنْ يَكُونَ المَوْهُوبُ مَحْرَمًا للمَوْهُوبِ لهُ فَيُعْتَقُ عَليْهِ فَلا يُمْكِنُ دَفْعُ الضَّرَرِ فَيَتَوَقَّفُ الثُّبُوتُ عَلى القَبُول، بِخِلافِ البَيْعِ وَالإِجَارَةِ وَكُل عَقْدٍ فِيهِ بَدَلٌ لأَنَّهُ تَمَلُّكٌ مِنْ الجَانِبَيْنِ فَكَانَ تَمَامُهُ بِهِمَا.

(وَمَن حلفَ لا يَشُمُّ رَيحَانًا فَشَمَّ وَردًا أَو يَاسَمِينًا لا يَحنَثُ) لأَنَّهُ اسمٌ لمَا لا سَاقَ لهُ وَلهُمَا سَاقٌ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلفَ لا يَشُمُّ رَيْحَانًا فَشَمَّ وَرْدًا أَوْ يَاسَمِينًا لا يَحْنَثُ لأَنَّهُ اسْمٌ لمَا لا سَاقَ لهُ وَلهُمَا سَاقٌ) قِيل هَذَا تَفْسِيرُ الإِمَامِ فَخْرِ الإِسْلامِ وَقَلدَهُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ

وَالْمُصَنِّفُ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ فِي قَوَانِينِ اللُّغَةِ الرَّيْحَانُ بِهَذَا التَّفْسِيرِ أَصْلًا.

وَجَوَابُهُ أَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ اسْمٌ لِمَا لا سَاقَ لَهُ أَنَّ لِسَاقِهِ رَائِحَةً طَيِّبَةً كَمَا لِوَرَقِهِ اصْطَلَحَ عَلَيْهِ الفُقَهَاءُ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ فِي اللُّغَةِ، عَلَى أَنَّ نَفْيَهُ فِي اللُّغَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الاسْتِقْرَاءِ التَّامِّ فِي أَوْضَاعِ اللُّغَةِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ.

وَقِيلَ فِي الضَّابِطِ بَيْنَ الوَرْدِ وَالرَّيْحَانِ أَنَّ مَا يَنْبُتُ مِنْ بِزْرِهِ مِمَّا لا شَجَرَ لَهُ وَلِعَيْنِهِ رَائِحَةٌ طَيِّبَةٌ مُسْتَلَذَّةٌ فَهُوَ رَيْحَانٌ، وَمَا يَنْبُتُ مِنْ الشَّجَرِ وَلِوَرَقِهِ رَائِحَةٌ مُسْتَلَذَّةٌ فَهُوَ وَرْدٌ.

(وَلو حَلفَ لا يَشتَرِي بَنَفسَجًا وَلا نِيَّةَ لهُ فَهُوَ عَلى دُهنِهِ) اعتِبَارًا للعُرفِ وَلِهَذَا يُسَمَّى بَائِعُهُ بَائِعَ البَنَفسَجِ وَالشِّرَاءُ يَنبَنِي عَليهِ وَقِيل فِي عُرفِنَا يَقَعُ عَلى الوَرَقِ (وَإِن حَلفَ عَلى الوَردِ فَاليَمِينُ عَلى الوَرَقِ) لأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ وَالعُرفُ مُقَرِّرٌ لهُ، وَفِي البَنَفسَجِ قَاضٍ عَليهِ.

الشرح:

(وَمَنْ حَلفَ لا يَشْتَرِي بَنَفْسَجًا فَاشْتَرَى **دُهْنَ بَنَفْسَجٍ** حَنِثَ اعْتِبَارًا لِلعُرْفِ وَلِهَذَا يُسَمَّى بَائِعُهُ بَائِعَ البَنَفْسَجِ وَالشِّرَاءُ يَنْبَنِي عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى البَيْعِ وَهَذَا فِي عُرْفِ أَهْلِ الكُوفَةِ وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَقَعُ عَلَى الوَرَقِ، وَإِنْ حَلفَ عَلَى الوَرْدِ فَاليَمِينُ عَلَى الوَرَقِ؛ لأَنَّهُ) أَيْ الوَرْدَ (حَقِيقَةٌ فِيهِ) أَيْ فِي الوَرَقِ (وَالعُرْفُ مُقَرِّرٌ لَهُ) أَيْ لِوُقُوعِ اليَمِينِ عَلَى الحَقِيقَةِ: يَعْنِي أَنَّ اسْمَ الوَرْدِ عَلَى الوَرَقِ حَقِيقَةٌ، وَفِي العُرْفِ أَيْضًا يُفْهَمُ مِنْهُ ذَلِكَ فَكَانَ العُرْفُ مُقَرِّرًا لِلوُقُوعِ عَلَى الحَقِيقَةِ (وَفِي البَنَفْسَجِ قَاضٍ عَلَيْهِ) أَيْ غَالِبٌ رَاجِحٌ: يَعْنِي أَنَّ اسْمَ البَنَفْسَجِ يَقَعُ عَلَى عَيْنِ البَنَفْسَجِ حَقِيقَةً كَمَا هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ لا عَلَى دُهْنِهِ، وَلَكِنْ العُرْفُ غَيْرُ تِلْكَ الحَقِيقَةِ مِنْ عَيْنِهِ إِلَى دُهْنِهِ فَكَانَ العُرْفُ غَالِبًا وَرَاجِحًا فِي اسْمِ البَنَفْسَجِ عَلَى حَقِيقَتِهِ.

كِتَابُ الحُدُودِ

قَال: الحدُّ لُغَةً: هُوَ المَنعُ، وَمِنهُ الحدَّادُ للبَوَّابِ. وَفِي الشَّرِيعَةِ: هُوَ العُقُوبَةُ المُقَدَّرَةُ حَقًّا للهِ تَعَالى حَتَّى لا يُسَمَّى القِصَاصُ حَدًّا لأَنَّهُ حَقُّ العَبدِ وَلا التَّعزِيرُ لعَدَمِ التَّقدِيرِ. وَالمَقصِدُ الأَصليُّ مِن شَرعِهِ الانزجَارُ عَمَّا يَتَضَرَّرُ بِهِ العِبَادُ، وَالطَّهَارَةُ ليسَت أَصليَّةً فِيهِ بِدَليل شَرعِهِ فِي حَقِّ الكَافِرِ.

الشرح:

(**كِتَابُ الحُدُودِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ الأَيْمَانِ وَكَفَّارَتِهَا الدَّائِرَةِ بَيْنَ العِبَادَةِ وَالعُقُوبَةِ أَوْرَدَ عَقِيبَهَا العُقُوبَاتِ المَحْضَةَ. **وَمَحَاسِنُ الحُدُود** كَثِيرَةٌ لَمَا أَنَّهَا تَرْفَعُ الفَسَادَ الوَاقِعَ فِي العَالمِ وَتَحْفَظُ النُّفُوسَ وَالأَعْرَاضَ وَالأَمْوَالَ سَالِمَةً عَنْ الابْتِذَالِ. وَأَمَّا **سَبَبُهَا** فَسَبَبُ كُلِّ مِنْهَا مَا أُضِيفَ إِلَيْهِ مِثْلِ حَدِّ الزِّنَا وَحَدِّ القَذْفِ وَغَيْرِهِمَا. وَأَمَّا تَفْسِيرُهُ لُغَةً وَشَرِيعَةً وَالمَقْصِدُ الأَصْلِيُّ مِنْ شَرْعِهِ وَهُوَ الحُكْمُ فَقَدْ ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ

قَال (الزِّنَا يَثبُتُ بِالبَيِّنَةِ وَالإِقرَارِ) وَالمُرَادُ ثُبُوتُهُ عِندَ الإِمَامِ لأَنَّ البَيِّنَةَ دَليلٌ ظَاهِرٌ، وَكَذَا الإِقرَارُ لأَنَّ الصِّدقَ فِيهِ مُرَجَّحٌ لا سِيَّمَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِثُبُوتِهِ مَضَرَّةٌ وَمَعَرَّةٌ، وَالوُصُولُ إِلى العِلمِ القَطعِيِّ مُتَعَذِّرٌ، فَيُكتَفَى بِالظَّاهِرِ. قَال (فَالبَيِّنَةُ أَن تَشهَدَ أَربَعَةٌ مِن الشُّهُودِ عَلى رَجُلٍ أَو امرَأَةٍ بِالزِّنَا) لقَولهِ تَعَالى: ﴿ فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ١٥] وَقَال اللهُ تَعَالى: ﴿ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ [النور: ٤] وَقَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: للذِي قَذَفَ امرَأَتَهُ: «ائتِ بِأَربَعَةٍ يَشهَدُونَ عَلى صِدقِ مَقَالتِك»[1] وَلأَنَّ فِي اشتِرَاطِ الأَربَعَةِ يَتَحَقَّقُ مَعنَى السَّترِ وَهُوَ مَندُوبٌ إليهِ وَالإِشَاعَةُ ضِدُّهُ

الشرح:

قَال (الزِّنَا يَثْبُتُ بالبَيِّنَة وَالإِقْرَار) الزِّنَا يُمَدُّ وَيُقْصَرُ، فَالقَصْرُ لُغَةُ أَهْل الحجَاز، وَالمَدُّ لأَهْل نَجْد. قَال الفَرَزْدَقُ: أَبَا حَاضِرٍ مَنْ يَزْنِ يُعْرَفُ زِنَاؤُهُ وَمَنْ يَشْرَبْ الخُرْطُومَ يُصْبِحُ مُسْكَرًا يُخَاطِبُ رَجُلا يُكَنَّى أَبَا حَاضِرٍ، وَالخُرْطُومُ الخَمْرُ، وَالمُسْكَرُ بِفَتْحِ الكَاف المَخْمُورُ. وَتَفْسِيرُهُ فِي الشَّرْعِ قَضَاءُ المُكَلف شَهْوَتَهُ فِي قُبُل امْرَأَة خَاليَة عَنْ الملكَيْنِ وَشُبْهَتِهِمَا لا شُبْهَةَ الاشْتِبَاهِ وَتَمْكِينِ المَرْأَةِ مِنْ ذَلكَ. وَاخْتِيرَ لفْظُ القَضَاءِ إِشَارَةٌ إِلى أَنَّ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٧٨): غريب بهذا اللفظ.

مُجَرَّدَ الإيلاجِ زِنًا، وَلِهَذَا يَثْبُتُ بِهِ الغُسْلُ، وَالمُكَلفُ لِيَخْرُجَ الصَّبِيُّ وَالمَجْنُونُ، وَالمُرَادُ بِالملكَيْنِ ملكُ النِّكَاحِ وَملكُ اليَمِينِ وَبِشُبْهَةِ ملكِ النِّكَاحِ مَا إِذَا **وَطِئَ امْرَأَةً تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاهَا** وَمَا أَشْبَهَهُ. وَبِشُبْهَةِ ملكِ اليَمِينِ، مَا إِذَا **وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ أَوْ مُكَاتَبِهِ أَوْ عَبْدِهِ المَأْذُونِ المَدْيُونِ**، وَبِشُبْهَةِ الاشْتِبَاهِ مَا إِذَا **وَطِئَ الابْنُ جَارِيَةَ أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا تَحِلُّ لَهُ**. وَالزِّنَا يَثْبُتُ بِالبَيِّنَةِ وَالإِقْرَارِ.

قَالَ المُصَنِّفُ (وَالمُرَادُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ الإِمَامِ) وَإِنَّمَا قَالَ كَذَلِكَ لأَنَّ الزِّنَا عَلَى التَّفْسِيرِ المَذْكُورِ يَثْبُتُ بِفِعْلِهِمَا وَيَتَحَقَّقُ فِي الخَارِجِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ لا بَيِّنَةَ وَلا إِقْرَارَ، وَإِنَّمَا انْحَصَرَ فِي ذَلِكَ لأَنَّهُ لا يَظْهَرُ ثُبُوتُهُ بِعِلْمِ القَاضِي؛ لأَنَّهُ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي هَذَا البَابِ وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الحُدُودِ الخَالِصَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ [النور: ١٣] وَقَوْلُهُ (مَعَرَّةٌ وَمَضَرَّةٌ) المَضَرَّةُ ضَرَرٌ ظَاهِرٌ عَلَى البَدَنِ، وَالمَعَرَّةُ ضَرَرٌ يَتَّصِلُ بِبَدَنِهِ وَيَسْرِي إِلَى بَاطِنِهِ مِنْ لُحُوقِ العَارِ بِانْتِسَابِهِ إِلَى الزِّنَا. وَقَوْلُهُ (فَالبَيِّنَةُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِنَ الشُّهُودِ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ فِي اشْتِرَاطِ الأَرْبَعَةِ تَحْقِيقَ مَعْنَى السَّتْرِ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ مَنْ يَقُولُ إِنَّمَا اشْتَرَطَ الأَرْبَعَ لأَنَّ الزِّنَا لا يَتِمُّ إِلا بِاثْنَيْنِ، وَفِعْلُ كُلِّ وَاحِدٍ لا يَثْبُتُ إِلا بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ فَإِنَّهُ ضَعِيفٌ؛ لأَنَّ فِعْلَ الوَاحِدِ كَمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ كَذَلِكَ يَثْبُتُ بِهَا فِعْلُ الاثْنَيْنِ، وَإِنَّمَا الصَّوَابُ أَنَّ اللهَ تَعَالَى أَحَبَّ السَّتْرَ عَلَى عِبَادِهِ وَشَرَطَ زِيَادَةَ العَدَدِ تَحْقِيقًا لِمَعْنَى السَّتْرِ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) أَيْ السَّتْرُ (مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ) قَالَ ﷺ «**مَنْ أَصَابَ مِنْكُمْ مِنْ هَذِهِ القَاذُورَاتِ شَيْئًا فَلْيَسْتَتِرْ بِسَتْرِ اللهِ**»، وَقَالَ: «**مَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سَتَرَهُ اللهُ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ**» (وَالإِشَاعَةُ ضِدُّهُ) أَيْ إِظْهَارُ الزِّنَا ضِدُّ سَتْرِ الزِّنَا، فَكَانَ وَصْفُ الإِشَاعَةِ عَلَى ضِدِّ وَصْفِ السَّتْرِ لا مَحَالَةَ. ثُمَّ لَمَّا كَانَ السَّتْرُ أَمْرًا مَنْدُوبًا إِلَيْهِ كَانَتْ الإِشَاعَةُ أَمْرًا مَذْمُومًا.

(وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُم الإِمَامُ عَن الزِّنَا مَا هُوَ وَكَيفَ هُوَ وَأَينَ زَنَى وَمَتَى زَنَى وَبِمَن زَنَى؟) لأَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ استَفسَرَ مَاعِزًا عَن الكَيفِيَّةِ وَعَن المَزنِيَّةِ، وَلأَنَّ الاحتِيَاطَ فِي ذَلكَ وَاجِبٌ لأَنَّهُ عَسَاهُ غَيرُ الفِعل فِي الفَرجِ عَنَاهُ أَو زَنَى فِي دَارِ الحَربِ أَو فِي المُتَقَادِمِ مِن الزَّمَانِ أَو كَانَت لهُ شُبهَةٌ لا يَعرِفُهَا هُوَ وَلا الشُّهُودُ كَوَطءِ جَارِيَةِ الابنِ

فَيَستَقصِي فِي ذَلكَ احتِيَاطًا للدَّرءِ (فَإِذَا بَيَّنُوا ذَلكَ وَقَالُوا رَأينَاهُ وَطِئَهَا فِي فَرجِهَا كَالمِيل فِي المُكحُلَةِ وَسَأَل القَاضِي عَنهُم فَعُدِّلُوا فِي السِّرِّ وَالعَلانِيَةِ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِم) وَلَم يَكتَفِ بِظَاهِرِ العَدَالَةِ فِي الحُدُودِ احتِيَالا للدَّرءِ، قَال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «ادرَءُوا الحُدُودَ مَا استَطَعتُم» بِخِلافِ سَائِرِ الحُقُوقِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَتَعدِيلُ السِّرِّ وَالعَلانِيَةِ نُبَيِّنُهُ فِي الشَّهَادَاتِ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى. قَال فِي الأَصل: يَحبِسُهُ حَتَّى يَسأَل عَن الشُّهُودِ للاتِّهَامِ بِالجِنَايَةِ وَقَد حَبَسَ رَسُولُ اللهِ ﷺ رَجُلا بِالتُّهمَةِ، بِخِلافِ الدُّيُونِ حَيثُ لا يُحبَسُ فِيهَا قَبل ظُهُورِ العَدَالَةِ، وَسَيَأتِيك الفَرقُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى.

الشرح:

(وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُمْ الإِمَامُ عَنْ الزِّنَا مَا هُوَ) احْتِرَازًا عَنْ الغَلط فِي المَاهِيَّة (وَكَيْفَ هُوَ) احْتِرَازًا عَنْ الغَلط فِي الكَيْفِيَّة (وَأَيْنَ زَنَى) احْتِرَازًا عَنْهُ فِي المَكَان وَمَتَى زَنَى احْتِرَازًا عَنْهُ فِي الزَّمَان (وَعَنْ المُزَنِيَّة) احْتِرَازًا عَنْهُ فِي المَفْعُول به، وَيَدُلُّ عَلى وُجُوب السُّؤَال عَنْ هَذه الأَشْيَاء النَّقْلُ وَالعَقْلُ. أَمَّا الأَوَّلُ فَمَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُول الله ﷺ سَأَل مَاعِزًا» إلى أَنْ ذَكَرَ الكَافَ وَالنُّونَ ": يَعْنِي كَلمَةَ نُكْت لكَوْنه صَرِيحًا فِي البَاب وَالبَاقِي كنَايَةٌ، وَأَمَّا العَقْلُ فَلأَنَّ الاحْتِيَاطَ فِي ذَلكَ وَاجبٌ لأَنَّهُ قَدْ كَانَ الفعْلُ فِي غَيْر الفَرْج عَنَاهُ فَلا يَكُونُ مَاهِيَّةُ الزِّنَا وَلا كَيْفِيَّتُهُ مَوْجُودَةً، أَوْ زَنَى **فِي دَار الحَرْب** وَهُوَ لا يُوجبُ الحَدَّ، أَوْ فِي المُتَقَادمِ منْ الزَّمَان وَذَلكَ يُسْقطُ الحَدَّ، أَوْ كَانَ **لهُ فِي المُزَنِيَّة شُبْهَةٌ لَمْ يَطَّلعْ عَلَيْهَا الشُّهُودُ كَوَطْءِ جَارِيَةِ الابْنِ** فَيَسْتَقْصِي فِي ذَلكَ احْتِيَالا للدَّرْءِ؛ فَإِذَا بَيَّنوا ذَلكَ وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا فِي فَرْجِهَا بَيَانًا لمَاهِيَّته وَالمَزْنِيِّ بهَا كَالمِيل فِي المُكْحُلة بَيَانَ كَيْفِيَّته وَسَأَل القَاضِي عَنْهُمْ فَعَدَلُوا فِي السِّرِّ وَالعَلانيَة حَكَمَ بشَهَادَتهمْ وَلَمْ يَكْتَف بظَاهرِ العَدَالة احْتِيَالا للدَّرْءِ، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بذَلكَ وَقَال «**ادْرَءُوا الحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ**» بخلاف سَائرِ الحُقُوق عنْدَ أَبِي حَنيفَةَ حَيْثُ اكْتَفَى فيه بظَاهرِ العَدَالة وَهُوَ الإِسْلامُ، وَتَعْديلُ السِّرِّ وَالعَلانيَة يَأْتِي فِي الشَّهَادَات إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى. قَال فِي الأَصْل (يَحْبسُهُ حَتَّى يَسْأَل عَنْ الشُّهُود) لأَنَّهُ لوْ خَلى سَبِيلهُ هَرَبَ فَلا يَظْفَرُ به بَعْدَ ذَلكَ، وَلا وَجْهَ لأَخْذ الكَفيل منْهُ لأَنَّ أَخْذَ الكَفيل نَوْعُ احْتِيَاط فَلا يَكُونُ مَشْرُوعًا فيمَا بُنيَ عَلى الدَّرْء. فَإنْ قيل: الاحْتِيَاطُ فِي الحَبْسِ أَظْهَرُ. أُجيبَ بأَنَّ حَبْسَهُ ليْسَ بطَرِيق الاحْتِيَاط بَل بطَرِيق

التَّعْزِيرِ لِلاتِّهَامِ بِالجِنَايَةِ وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ حَبَسَ رَجُلا بِالتُّهْمَةِ» وَالفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المَدْيُونِ سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ (وَالإِقرَارُ أَن يُقِرَّ البَالِغُ العَاقِلُ عَلَى نَفسِهِ بِالزِّنَا أَربَعَ مَرَّاتٍ فِي أَربَعَةِ مَجَالِسَ مِن مَجَالِسِ المُقِرِّ، كَمَا أَقَرَّ رَدَّهُ القَاضِي) فَاشتِرَاطُ البُلُوغِ وَالعَقلِ لأَنَّ قَولَ الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ غَيرُ مُعتَبَرٍ أَو غَيرُ مُوجِبٍ لِلحَدِّ. وَاشتِرَاطُ الأَربَعِ مَذهَبُنَا، وَعِندَ الشَّافِعِيِّ يَكتَفِي بِالإِقرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً اعتِبَارًا بِسَائِرِ الحُقُوقِ، وَهَذَا لأَنَّهُ مُظهِرٌ، وَتَكرَارُ الإِقرَارِ لا يُفِيدُ زِيَادَةَ الظُّهُورِ بِخِلافِ زِيَادَةِ العَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ. وَلَنَا حَدِيثُ مَاعِزٍ «فَإِنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَخَّرَ الإِقَامَةَ إِلَى أَن تَمَّ الإِقرَارُ مِنهُ أَربَعَ مَرَّاتٍ فِي أَربَعَةِ مَجَالِسَ» فَلَو ظَهَرَ بِمَا دُونَهَا لَمَا أَخَّرَهَا لِثُبُوتِ الوُجُوبِ وَلأَنَّ الشَّهَادَةَ اختَصَّت فِيهِ بِزِيَادَةِ العَدَدِ، فَكَذَا الإِقرَارُ إِعظَامًا لأَمرِ الزِّنَا وَتَحقِيقًا لِمَعنَى السَّترِ، وَلا بُدَّ مِن اختِلافِ المَجَالِسِ لِمَا رَوَينَا، وَلأَنَّ لاتِّحَادِ المَجلِسِ أَثَرًا فِي جَمعِ المُتَفَرِّقَاتِ؛ فَعِندَهُ يَتَحَقَّقُ شُبهَةُ الاتِّحَادِ فِي الإِقرَارِ، وَالإِقرَارُ قَائِمٌ بِالمُقِرِّ فَيُعتَبَرُ اختِلافُ مَجلِسِهِ دُونَ مَجلِسِ القَاضِي. وَالاختِلافُ بِأَن يَرُدَّهُ القَاضِي كُلَّمَا أَقَرَّ فَيَذهَبَ حَيثُ لا يَرَاهُ ثُمَّ يَجِيءَ فَيُقِرَّ، هُوَ المَروِيُّ عَن أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ طَرَدَ مَاعِزًا فِي كُلِّ مَرَّةٍ حَتَّى تَوَارَى بِحِيطَانِ المَدِينَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَالإِقْرَارُ أَنْ يُقِرَّ العَاقِلُ البَالِغُ) صُورَةُ المَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ (قَوْلُهُ اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الحُقُوقِ) يَعْنِي فِي سَائِرِ العَدَدِ مُعْتَبَرٌ فِي الشَّهَادَةِ دُونَ الإِقْرَارِ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ زِيَادَةِ العَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ) يَعْنِي أَنَّهَا تُفِيدُ زِيَادَةً فِي طُمَأْنِينَةِ القَلْبِ، وَتَكْرَارُ الكَلامِ لَيْسَ كَذَلِكَ. وَلَنَا حَدِيثُ «مَاعِزٍ فَإِنَّهُ جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ وَقَالَ زَنَيْت فَطَهِّرْنِي، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَجَاءَ إِلَى الجَانِبِ الآخَرِ وَقَالَ مِثْلَ ذَلِكَ فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَجَاءَ إِلَى الجَانِبِ الثَّالِثِ وَقَالَ مِثْلَ ذَلِكَ فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَجَاءَ إِلَى الجَانِبِ الرَّابِعِ وَقَالَ مِثْلَ ذَلِكَ، فَلَمَّا كَانَ فِي المَرَّةِ الرَّابِعَةِ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: **الآنَ أَقْرَرْت أَرْبَعًا فَبِمَنْ زَنَيْت** قَالَ بِفُلانَةَ، قَالَ لَعَلَّك قَبَّلْتهَا لَعَلَّك بَاشَرْتَهَا، فَأَبَى إِلا أَنْ يُقِرَّ بِصَرِيحِ الزِّنَا، فَقَالَ: **أَبِكَ خَبَلٌ أَبِكَ جُنُونٌ** وَفِي رِوَايَةٍ بَعَثَ إِلَى أَهْلِهِ فَقَالَ: **هَلْ تُنْكِرُونَ مِنْ عَقْلِهِ شَيْئًا؟** فَقَالُوا: لا، فَسَأَلَ عَنْ إِحْصَانِهِ فَأُخْبِرَ أَنَّهُ مُحْصَنٌ، فَأَمَرَ بِرَجْمِهِ» وَعَنْ أَبِي بُرَيْدَةَ قَالَ:

كُنَّا نَتَحَدَّثُ فِي أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّ مَاعِزًا لَوْ قَعَدَ فِي بَيْتِهِ بَعْدَ المَرَّةِ الثَّالِثَةِ وَلَمْ يُقِرَّ لَمْ يَرْجُمْهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ. فَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذَا الحُكْمَ كَانَ مُتَعَارَفًا فِيمَا بَيْنَهُمْ.

وَوَجْهُ الاسْتِلالِ بِحَدِيثِ مَاعِزٍ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ فَإِنَّهُ أَخَّرَ الإِقَامَةَ. وَبَيَانُهُ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَخَّرَ إِقَامَةَ الحَدِّ إِلَى أَنْ تَمَّ الإِقْرَارُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَلَوْ كَانَ الإِقْرَارُ مَرَّةً وَاحِدَةً كَافِيًا لَمْ يُؤَخِّرْ لأَنَّ إِقَامَةَ الحَدِّ عِنْدَ ظُهُورِهِ وَاجِبَةٌ، وَتَأْخِيرُ الوَاجِبِ لا يُظَنُّ بِرَسُولِ اللهِ ﷺ.

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: إِذَا لَمْ يَثْبُتْ الحَدُّ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً فَقَدْ اعْتَرَفَ بِوَطْءٍ لا يُوجِبُ الحَدَّ فَيَجِبُ المَهْرُ، وَإِذَا وَجَبَ المَهْرُ لا يَجِبُ الحَدُّ مِنْ بَعْدُ لأَنَّ المَهْرَ وَالحَدَّ لا يَجْتَمِعَانِ فِي وَطْءٍ وَاحِدٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ الإِقْرَارَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ لَمَّا اُعْتُبِرَ حُجَّةً لإِثْبَاتِ الزِّنَا لَمْ يَتَعَلَّقْ وُجُوبُ المَهْرِ بِالإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَإِنَّمَا الحُكْمُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ تَمَّتْ الحُجَّةُ وَجَبَ الحَدُّ، وَإِنْ لَمْ تَتِمَّ وَجَبَ المَهْرُ.

فَإِنْ قِيلَ: إِنَّمَا أَعْرَضَ النَّبِيُّ ﷺ لأَنَّهُ اسْتَرَابَ فِي عَقْلِهِ فَقَدْ جَاءَ أَشْعَثَ أَغْبَرَ مُتَغَيِّرَ اللَّوْنِ إِلا أَنَّهُ لَمَّا أَصَرَّ عَلَى الإِقْرَارِ وَدَامَ عَلَى نَهْجِ العُقَلاءِ قَبِلَهُ بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ أَزَالَ الشُّبْهَةَ بِالسُّؤَالِ فَقَالَ أَبِكَ خَبَلٌ أَبِكَ جُنُونٌ.

أُجِيبَ أَمَّا تَغَيُّرُ الحَالِ فَإِنَّهُ دَلِيلُ التَّوْبَةِ وَالخَوْفِ مِنْ اللهِ تَعَالَى لا دَلِيلُ الجُنُونِ، وَإِنَّمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ أَبِكَ جُنُونٌ تَلْقِينًا لِمَا يَدْرَأُ بِهِ الحَدَّ كَمَا قَالَ لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ وَطِئْتَهَا لِيَرْجِعَ عَنْ الزِّنَا إِلَى الوَطْءِ بِشُبْهَةٍ فَيَسْقُطُ الحَدُّ عَنْهُ، وَكَمَا قَالَ لِلسَّارِقِ أَسَرَقْتَ مَا أَخَالُهُ سَرَقَ وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ مَا رُوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ﷺ قَالَ لِمَاعِزٍ لَمَّا أَقَرَّ ثَلاثًا إِنْ أَقْرَرْتَ الرَّابِعَةَ رَجَمَكَ، فَثَبَتَ أَنَّ هَذَا العَدَدَ كَانَ ظَاهِرًا عِنْدَهُمْ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الشَّهَادَةَ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ يَتَضَمَّنُ الجَوَابَ عَنْ اعْتِبَارِهِ بِسَائِرِ الحُقُوقِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ سَائِرَ الحُقُوقِ لَيْسَ نِصَابُ الشَّهَادَةِ فِيهِ أَرْبَعَةً وَنِصَابُهَا هُنَا ذَلِكَ، فَلَمَّا كَانَتْ إِحْدَى الحُجَّتَيْنِ مُخْتَصَّةً بِزِيَادَةٍ لَيْسَتْ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ فَكَذَلِكَ فِي الحُجَّةِ الأُخْرَى إِعْظَامًا لأَمْرِ الزِّنَا وَتَحْقِيقًا لِمَعْنَى السَّتْرِ، وَلا بُدَّ مِنْ اخْتِلافِ المَجَالِسِ لِمَا رَوَيْنَا مِنْ أَنَّهُ ﷺ أَخَّرَ الإِقَامَةَ إِلَى أَنْ تَمَّ الإِقْرَارُ مِنْهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ وَلأَنَّ لاتِّحَادِ المَجْلِسِ أَثَرًا فِي جَمْعِ المُتَفَرِّقَاتِ، فَعِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ الاتِّحَادِ (تَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الاتِّحَادِ فِي

الإِقْرَارِ) أَلا تَرَى إلى مَا جَاءَ فِي حَدِيثِ مَاعِزٍ مِنْ إِقْرَارِهِ خَمْسَ مَرَّاتٍ وَكَانَ مِنْهَا مَرَّتَان فِي جِهَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَمْ نَعْتَبِرْ ذَلِكَ وَلَمْ يَذْهَبْ إِلَيْهِ أَحَدٌ مِنْ الْمُجْتَهِدِينَ (وَالإِقْرَارُ قَائِمٌ بِالْمُقِرِّ فَيُعْتَبَرُ اتِّحَادُ مَجْلِسِهِ) فِي دَفْعِ الحَدِّ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ فَيُعْتَبَرُ اخْتِلافُ مَجْلِسِهِ أَيْ فِي وُجُوبِ الحَدِّ، وَقِيلَ يُعْتَبَرُ مَجْلِسُ القَاضِي، وَرَدَّهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ دُونَ مَجْلِسِ القَاضِي. وَقَوْلُهُ (وَالاخْتِلافُ بِأَنْ يَرُدَّهُ القَاضِي) ظَاهِرٌ.

قال (فَإِذَا تَمَّ إقرارُهُ أَربعَ مرَّاتٍ سَأَلهُ عَن الزِّنَا مَا هُوَ وَكَيفَ هُوَ وَأَينَ زَنَى وَبِمَن زَنَى، فَإِذَا بيَّنَ ذَلكَ لزمَهُ الحدُّ) لتَمَامِ الحُجَّةِ، وَمَعنَى السُّؤال عَن هَذِهِ الأَشياءِ بَيَّنَّاهُ فِي الشَّهَادَةِ، وَلم يَذكُر السُّؤَال فِيهِ عَن الزَّمَانِ، وَذَكَرَهُ فِي الشَّهَادَةِ لأَنَّ تَقَادُمَ العَهدِ يَمنَعُ الشَّهَادَةَ دُونَ الإقرارِ. وَقِيل لو سَأَلهُ جَازَ لجوَازِ أَنَّهُ زَنَى فِي صِبَاهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ تَقَادُمَ العَهْدِ يَمْنَعُ الشَّهَادَةَ دُونَ الإِقْرَارِ) دَلِيلُهُ أَنَّ **التَّقَادُمَ فِي الشَّهَادَةِ** مَانِعٌ لتُهْمَةِ الحِقْدِ وَهِيَ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي الإِقْرَارِ، وَسَيَأْتِي بَيَانُ التَّقَادُمِ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ عَلى الزِّنَا.

(فَإِن رَجَعَ الْمُقرُّ عَن إقرارِهِ قَبل إقَامَةِ الحَدِّ أَو فِي وَسَطِهِ قُبِل رُجُوعُهُ وَخُلِّيَ سَبِيلُهُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ وَهُوَ قَولُ ابنِ أَبِي ليلى يُقِيمُ عَليهِ الحَدَّ لأَنَّهُ وَجَبَ الحَدُّ بِإقرارِهِ فَلا يبطُلُ بِرُجُوعِهِ وَإِنكَارِهِ كَمَا إِذَا وَجَبَ بِالشَّهَادَةِ وَصَارَ كَالقِصَاصِ وَحَدِّ القَذفِ. وَلنَا أَنَّ الرُّجُوعَ خَبَرٌ مُحتَمِلٌ للصِّدقِ كَالإقرارِ وَليسَ أَحَدٌ يُكَذِّبُهُ فِيهِ فَتَتَحقَّقُ الشُّبهَةُ فِي الإقرَارِ. بِخِلافِ مَا فِيهِ حَقُّ العَبدِ وَهُوَ القِصَاصُ وَحَدُّ القَذفِ لوُجُودِ مَن يُكَذِّبُهُ، وَلا كَذَلكَ مَا هُوَ خَالصُ حَقِّ الشَّرعِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَمَا إِذَا وَجَبَ بِالشَّهَادَةِ) يَعْنِي أَنَّ **الحَدَّ لا يَبْطُلُ بِإِنْكَارِ المَشْهُودِ عَلَيْهِ بَعْدَ شَهَادَةِ الشُّهُودِ عَلَيْهِ**، فَكَذَا لا يَبْطُلُ بِإِنْكَارِهِ بَعْدَ الإِقْرَارِ لأَنَّهُمَا حُجَّتَانِ فِيهِ فَتُعْتَبَرُ إِحْدَاهُمَا بِالأُخْرَى فَصَارَ كَالقِصَاصِ وَحَدِّ القَذْفِ لا يَقْبَلانِ الرُّجُوعَ بَعْدَ الثُّبُوتِ بِالإِقْرَارِ. وَقَوْلُهُ (فَتَتَحقَّقُ الشُّبْهَةُ فِي الإِقْرَارِ) يَعْنِي بِالتَّعَارُضِ الوَاقِعِ بَيْنَ الخَبَرَيْنِ الْمُحْتَمِلَيْنِ للصِّدْقِ وَالكَذِبِ مِنْ غَيْرِ مُرَجِّحٍ لأَحَدِهِمَا.

(وَيُستَحَبُّ للإِمَامِ أَن يُلقِّنَ المُقِرَّ الرُّجُوعَ فَيَقُول لهُ: لعَلك لَمست أَو قَبَّلت) «لقَولِه عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لمَاعِز: لعَلك لمَستهَا أَو قبَّلتهَا»[1] قَال فِي الأَصل: وَيَنبَغِي أَن يَقُول لهُ الإِمَامُ: لعَلك تَزَوَّجتهَا أَو وَطِئتها بِشُبهَةٍ، وَهَذَا قَرِيبٌ مِن الأَوَّل فِي المَعنَى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا قَرِيبٌ مِنْ الأَوَّلِ فِي المَعْنَى) أَيْ قَوْلُهُ لعَلك تَزَوَّجْتهَا وَوَطِئْتهَا بِشُبْهَة قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِهِ لعَلك مَسِسْتهَا فِي المَعْنَى مِنْ حَيْثُ إنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَلقِينٌ للرُّجُوعِ، كَمَا أَنَّهُ لوْ قَال فِي كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَعَمْ سَقَطَ الحَدُّ.

فصل في كيفية الحد وإقامته

(وَإِذَا وَجَبَ الحَدُّ وَكَانَ الزَّانِي مُحصَنًا رَجَمَهُ بِالحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ) «لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَجَمَ مَاعِزًا وَقَد أُحصِنَ». وَقَال فِي الحَدِيثِ المَعرُوفِ «وَزِنًا بَعدَ إِحصَانٍ» وَعَلى هَذَا إِجمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ تَعَالى عَنهُم. قَال (وَيُخرِجُهُ إِلى أَرضٍ فَضَاءٍ وَيَبتَدِئُ الشُّهُودُ بِرَجمِهِ ثُمَّ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا رُوِيَ عَن عَليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ، وَلأَنَّ الشَّاهِدَ قَد يَتَجَاسَرُ عَلى الأَدَاءِ ثُمَّ يَستَعظِمُ المُبَاشَرَةَ فَيَرجِعُ فَكَانَ فِي بُدَاءَتِهِ احتِيَالٌ للدَّرءِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا تُشتَرَطُ بُدَاءَتُهُ اعتِبَارًا بِالجَلدِ. قُلنَا: كُلُّ أَحَدٍ لا يُحسِنُ الجَلدَ فَرُبَّمَا يَقَعُ مُهلِكًا وَالإِهلاكُ غَيرُ مُستَحَقٍّ، وَلا كَذَلكَ الرَّجمُ لأَنَّهُ إِتلافٌ. (فَإِن امتَنَعَ الشُّهُودُ مِن الابتِدَاءِ سَقَطَ الحَدُّ) لأَنَّهُ دَلالةُ الرُّجُوعِ، وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَو غَابُوا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لفَوَاتِ الشَّرطِ

الشرح:

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الحَدِّ وَإِقَامَتِهِ): ذَكَرَ هَذَا الفَصْل عَقِيبَ ذِكْرِ وُجُوبِ الحَدِّ؛ لأَنَّ إقَامَةَ الحَدِّ بَعْدَ وُجُوبِهِ وُقُوعًا فَأَخَّرَهُ ذِكْرًا وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَا إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ) أَيْ عَلى وُجُوبِ الرَّجْمِ إذَا كَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا، وَذَهَبَ الخَوَارِجُ إلى أَنَّ الحَدَّ فِي الزِّنَا الجَلدُ لَيْسَ إلا لأَنَّهُمْ لا يَقْبَلُونَ أَخْبَارَ الآحَادِ، وَذَلكَ خَرْقٌ مِنْهُمْ للإِجْمَاعِ، عَلى أَنَّ حَدِيثَ مَاعِزٍ مَشْهُورٌ تَلقَّتْهُ الأُمَّةُ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ بِالقَبُول، وَالزِّيَادَةُ عَلى

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/٣٦١) بهذا اللفظ، والبخاري في الحدود باب ٢٨ بلفظ آخر، وانظر نصب الراية (٣/٤٩٠).

الكِتَاب بِمِثْله جَائِزَةٌ وَقَوْلُهُ (فَإِنْ امْتَنَعَ الشُّهُودُ) قَال فِي الإِيضَاحِ: وَلَوْ امْتَنَعَ الشُّهُودُ أَوْ بَعْضُهُمْ أَوْ كَانُوا غُيَّبًا أَوْ مَاتُوا أَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ أَوْ عَمِيَ بَعْضُهُمْ أَوْ خَرِسَ أَوْ جُنَّ أَوْ ارْتَدَّ أَوْ قَذَفَ فَحُدَّ لَمْ يُرْجَمْ المَشْهُودُ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ.

وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُمْ إِذَا امْتَنَعُوا أَوْ غَابُوا رَجَمَ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ، وَكَذَا فِي الذَّخِيرَةِ أَيْضًا، فَعَلَى هَذَا مَا قَيَّدَهُ بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ رَاجِعٌ إِلَى امْتِنَاعِ الشُّهُودِ عَنْ الرَّجْمِ بَعْدَ الحُضُورِ إلخ، وَلَيْسَ بِمُخْتَصٍّ بِقَوْلِهِ وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا، وَإِذَا سَقَطَ بِامْتِنَاعِ أَحَدِهِمْ هَل تُحَدُّ الشُّهُودُ أَوْ لا؟ ذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ أَنَّهُ لا يُقَامُ الحَدُّ عَلَى الشُّهُودِ لأَنَّهُمْ ثَابِتُونَ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ بَعْضُهُمْ مِنْ مُبَاشَرَةِ القَتْلِ وَذَلِكَ لا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْ الشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا وَاعْلَمْ أَنَّ ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ يُفْضِي إِلَى اعْتِبَارِ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فَتَأَمَّل، وَالغَامِدِيَّةُ امْرَأَةٌ مِنْ غَامِدٍ حَيٌّ مِنْ الأَزْدِ، وَفِي حَدِيثِهَا «لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ لَغُفِرَ لَهُ».

(وَإِن كَانَ مُقِرًّا ابتَدَأَ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا رُوِيَ عَن عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ. «وَرَمَى رَسُولُ اللهِ ﷺ الغَامِدِيَّةَ بِحَصَاةٍ مِثلِ الحِمَّصَةِ وَكَانَت قَد اعتَرَفَت بِالزِّنَا»

(وَيُغَسَّلُ وَيُكَفَّنُ وَيُصَلى عَلَيهِ) «لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي مَاعِزٍ اصنَعُوا بِهِ كَمَا تَصنَعُونَ بِمَوتَاكُم» وَلأَنَّهُ قُتِلَ بِحَقٍّ فَلا يَسقُطُ الغُسلُ كَالمَقتُولِ قِصَاصًا " «وَصَلى النَّبِيُّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَلى الغَامِدِيَّةِ بَعدَمَا رُجِمَت».

(وَإِن لَم يَكُن مُحصَنًا وَكَانَ حُرًّا فَحَدُّهُ مِائَةُ جَلدَةٍ) لِقَولِهِ تَعَالى: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ **[النور: ٢] إِلا أَنَّهُ انتَسَخَ فِي حَقِّ المُحصَنِ فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيرِهِ مَعمُولا بِهِ. قَال (يَأمُرُ الإِمَامُ بِضَربِهِ بِسَوطٍ لا ثَمَرَةَ لَهُ ضَربًا مُتَوَسِّطًا) لأَنَّ عَلِيًّا ؓ لَمَّا أَرَادَ أَن يُقِيمَ الحَدَّ كَسَرَ ثَمَرَتَهُ. وَالمُتَوَسِّطُ بَينَ المُبَرِّحِ وَغَيرِ المُؤلِمِ لإِفضَاءِ الأَوَّلِ إِلى الهَلاكِ وَخُلُوِّ الثَّانِي عَن المَقصُودِ وَهُوَ الانزِجَارُ (وَتُنزَعُ عَنهُ ثِيَابُهُ) مَعنَاهُ دُونَ الإِزَارِ لأَنَّ عَلِيًّا ؓ كَانَ يَأمُرُ بِالتَّجرِيدِ فِي الحُدُودِ، وَلأَنَّ التَّجرِيدَ أَبلَغُ فِي إِيصَال الأَلَمِ إِليهِ. وَهَذَا الحَدُّ مَبنَاهُ عَلى الشِّدَّةِ فِي الضَّربِ وَفِي نَزعِ الإِزَارِ كَشفُ العَورَةِ فَيَتَوَقَّاهُ (وَيُفَرَّقُ الضَّربُ عَلى أَعضَائِهِ) لأَنَّ الجَمعَ فِي عُضوٍ وَاحِدٍ قَد**

يُفضِي إلى التَّلفِ وَالحدُّ زَاجرٌ لا مُتلفٌ.

قَال (إلا رَأسَهُ وَوَجهَهُ وَفَرجَهُ) «لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ للذِي أَمَرَهُ بِضَربِ الحَدِّ: اتَّقِ الوَجهَ وَالمَذَاكِيرَ»[1] وَلأنَّ الفرجَ مَقتَلٌ وَالرَّأسَ مَجمَعُ الحوَاسِّ، وَكَذَا الوَجهُ وَهُوَ مَجمَعُ المَحَاسِنِ أَيضًا فَلا يُؤمَنُ فَوَاتُ شَيءٍ مِنهَا بِالضَّربِ وَذَلكَ إهلاكٌ مَعنًى فَلا يُشرَعُ حدًّا. وَقَال أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَضرِبُ الرَّأسَ أَيضًا رَجَعَ إليهِ، وَإِنَّمَا يَضرِبُ سَوطًا لقَول أَبِي بَكرٍ: اضرِبُوا الرَّأسَ فَإِنَّ فِيهِ شَيطَانًا. قُلنَا: تَأوِيلُهُ أَنَّهُ قَال ذَلكَ فِيمَن أُبِيحَ قَتلُهُ. وَيُقَالُ: إنَّهُ وَرَدَ فِي حَربِيٍّ كَانَ مِن دُعَاةِ الكَفَرَةِ وَالإهلاكُ فِيهِ مُستَحَقٌّ (وَيُضرَبُ فِي الحُدُودِ كُلهَا قَائِمًا غَيرَ مَمدُودٍ) لقَول عَليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: يُضرَبُ الرِّجَالُ فِي الحُدُودِ قِيَامًا وَالنِّسَاءُ قُعُودًا، وَلأنَّ مَبنَى إقَامَةِ الحَدِّ عَلى التَّشهِيرِ، وَالقِيَامُ أَبلغُ فِيهِ. ثُمَّ قَولُهُ: غَيرَ مَمدُودٍ، فَقَد قِيل المَدُّ أَن يُلقَى عَلى الأَرضِ وَيُمَدَّ كَمَا يُفعَلُ فِي زَمَانِنَا، وَقِيل أَن يَمُدَّ السَّوطَ فَيَرفَعَهُ الضَّارِبُ فَوقَ رَأسِهِ، وَقِيل أَن يَمُدَّهُ بَعدَ الضَّربِ، وَذَلكَ كُلُّهُ لا يُفعَلُ لأنَّهُ زِيَادَةٌ عَلى المُستَحَقِّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ انْتَسَخَ فِي حَقِّ الْمُحْصَنِ) بَيَانُهُ أَنَّ قَوْله تَعَالَى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ﴾ [النور: ٢] الآيَةَ عَامٌّ فِي الْمُحْصَنِ وَغَيْرِهِ إلا أَنَّهُ انْتَسَخَ فِي حَقِّ الْمُحْصَنِ بِآيَةٍ أُخْرَى نَسَخَتْ تِلاوَتَهَا وَبَقِيَ حُكْمُهَا. رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ﷺ خَطَبَ فَقَال: إنَّ اللهَ بَعَثَ مُحَمَّدًا ﷺ بِالْحَقِّ وَأَنْزَل عَلَيْهِ الْكِتَابَ، فَكَانَ فِيمَا أُنْزِل عَلَيْهِ آيَةُ الرَّجْمِ فَقَرَأْنَاهَا وَوَعَيْنَاهَا، وَرَجَمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَرَجَمْنَا مِنْ بَعْدِهِ، وَإِنِّي خَشِيتُ إنْ طَال بِالنَّاسِ الزَّمَانُ أَنْ يَقُول قَائِلٌ مَا نَجِدُ آيَةَ الرَّجْمِ فِي كِتَابِ اللهِ فَيَضِلُّوا بِتَرْكِ فَرِيضَةٍ أَنْزَلَهَا اللهُ عَزَّ وَجَل، فَالرَّجْمُ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى مِنْ الرِّجَال وَالنِّسَاءِ إذَا كَانَ مُحْصَنًا إذَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ أَوْ كَانَ حَمْلٌ أَوْ اعْتِرَافٌ، وَأَيْمُ اللهِ لوْلا أَنْ يَقُول النَّاسُ زَادَ عُمَرُ فِي كِتَابِ اللهِ لكَتَبْتُهَا يُرِيدُ بِهِ: الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ إذَا زَنَيَا فَارْجُمُوهُمَا أَلْبَتَّةَ نَكَالا مِنْ اللهِ وَاَللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ، وَكَانَتْ خُطْبَتُهُ هَذِهِ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ، فَكَأَنَّ هَذِهِ الآيَةَ نَسَخَتْ حُكْمَ عُمُومِ قَوْله تَعَالَى: ﴿فَٱجْلِدُواْ﴾ فِي غَيْرِ الْمُحْصَنِ، وَانْتَسَخَتْ تِلاوَتُهَا

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٩٧): غريب مرفوعا، وروي موقوفا عن علي.

بِصَرْفِهَا عَنْ القُلُوب لِحِكْمَة يَعْلمُهَا اللهُ. وَقَوْلُهُ (بِسَوْط لا ثَمرَةَ لَهُ).

قَال فِي الصِّحَاحِ: ثَمرُ السِّيَاط عُقَدُ أَطْرَافِهَا، وَمِنْهُ يَأْمُرُ الإِمَامُ بِضَرْبِه بِسَوْط لا ثَمرَةَ لَهُ: يَعْنِي العُقْدَةَ. وَقِيل المُرَادُ بِالثَّمرَة ذَنَبُهُ وَطَرَفُهُ لأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ تَصِيرُ الضَّرْبَةُ ضَرْبَتَيْنِ، وَهَذَا أَصَحُّ. لمَا رُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا ﷺ جَلدَ الوَلِيدَ بِسَوْط لَهُ طَرَفَان، وَفِي رِوَايَةٍ لَهُ ذَنَبَان أَرْبَعِينَ جَلدَةً، فَكَانَتْ الضَّرْبَةُ ضَرْبَتَيْنِ. وَالأَوَّلُ هُوَ المَشْهُورُ فِي الكُتُبِ.

المُبَرِّحُ مَأْخُوذٌ مِنْ بُرَحَاءِ الحُمَّى وَغَيْرِهَا، يُقَالُ: بَرِحَ بِهِ الأَمْرُ تَبْرِيحًا: أَيْ غَلُظَ عَلَيْهِ وَاشْتَدَّ. وَالمَذَاكِيرُ جَمْعُ الذَّكَرِ الذي هُوَ العُضْوُ، وَهُوَ جَمْعٌ عَلى خِلافِ القِيَاسِ، كَأَنَّهُمْ فَرَّقُوا بِذَلِكَ الجَمْعِ بَيْنَ الذَّكَرِ الذي هُوَ الفَحْلُ وَبَيْنَ الذَّكَرِ الذي هُوَ العُضْوُ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ بِلفْظِ الجَمْعِ هَاهُنَا مَعَ إِفْرَادِ قَرِينِه وَهُوَ الوَجْهُ لأَنَّهُ أَرَادَ بِه ذَلِكَ العُضْوَ المُعَيَّنَ وَمَا حَوْلهُ، كَقَوْلهِمْ: شَابَتْ مَفَارِقُ رَأْسِه كَذَا فِي الصِّحَاحِ. وَقَوْلُهُ (مِنْ دُعَاة الكَفَرَة) الدُّعَاةُ جَمْعُ دَاعٍ كَالقُضَاة جَمْعُ قَاضٍ: أَيْ كَانَ يَدْعُو النَّاسَ إِليْهِمْ.وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلى المُسْتَحَقِّ) قَالُوا: إلا أَنْ يُعْجِزَهُمْ عَنْ الضَّرْبِ قَائِمًا فَلا بَأْسَ. حِينَئِذٍ أَنْ يَشُدُّوا بِسَارِيَةٍ وَنَحْوِهَا.

(وَإِن كَانَ عَبدًا جَلدَهُ خَمسِينَ جَلدَةً) لقَولهِ تَعالى: ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾ [النساء: ٢٥] نَزَلت فِي الإمَاءِ، وَلأنَّ الرِّقَّ مُنقِصٌ للنِّعمَةِ فَيَكُونُ مُنقِصًا للعُقُوبَةِ؛ لأَنَّ الجِنايَةَ عِندَ تَوَافُرِ النِّعَمِ أَفحَشُ فَيَكُونُ أَدعَى إلى التَّغليظِ

الشرح:

قَال (وَإِنْ كَانَ عَبْدًا) أَوْ أَمَةً (جَلدَهُ) أَيْ إِنْ كَانَ مَنْ زَنَى **عَبْدًا** أَوْ **أَمَةً** جَلدَهُ الإِمَامُ (خَمْسِينَ جَلدَةً لقَوْله تَعَالى): ﴿ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾ [النساء: ٢٥] نَزَلتْ فِي الإِمَاءِ وَدَخَل تَحْتَ حُكْمِهَا العَبِيدُ، وَهُوَ خِلافُ المَعْهُود لأَنَّ المَعْهُودَ أَنْ تَدْخُل النِّسَاءُ تَحْتَ حُكْمِ الرِّجَال بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ، وَكَأَنَّ هَذَا الأُسْلُوبَ وَاللهُ أَعْلمُ بِنَاءً عَلى أَنَّ أَسْبَابَ السِّفَاحِ فِيهِنَّ وَدَعْوَتَهُنَّ إِليْه غَالبَةٌ كَمَا فِي تَقْدِيمِهِنَّ فِي قَوْله تَعَالى: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى ﴾ ثُمَّ العَذَابُ المَذْكُورُ فِي الآيَةِ الجَلدُ دُونَ الرَّجْمِ لأَنَّهُ لا يَتَنَصَّفُ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الجِنَايَةَ عِنْدَ تَوَافُرِ النِّعَمِ أَفْحَشُ) أَصْلُهُ قَوْله تَعَالى: ﴿ يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن

يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣٠].

(وَالرَّجُلُ وَالمَرأَةُ فِي ذَلكَ سَوَاءٌ)؛ لأنَّ النُّصُوصَ تَشمَلُهُمَا (غَيرَ أَنَّ المَرأَةَ لا يُنزَعُ مِن ثِيَابِهَا إلا الفَروُ وَالحَشوُ) لأنَّ فِي تَجرِيدِهَا كَشفُ العَورَةِ وَالفَروُ وَالحَشوُ يَمنَعَانِ وُصُول الأَلمِ إلى المَضرُوبِ وَالسَّترُ حَاصِلٌ بِدُونِهِمَا فَيُنزَعَانِ (وَتُضرَبُ جَالسَةً) لمَا رَوَينَا، ولأَنَّهُ أَستَرُ لهَا (وَإن حُفِرَ لهَا فِي الرَّجمِ جَازَ)؛ لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ حَفَرَ للغَامِدِيَّةِ إلى ثُندُوَتِهَا، وَحَفَرَ عَليٌّ ﷺ لشُرَاحَةَ الهَمدَانِيَّةِ وَإن تَرَكَ لا يَضُرُّهُ لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لم يَأمُر بِذَلكَ وَهِيَ مَستُورَةٌ بِثِيَابِهَا، وَالحَفرُ أَحسَنُ؛ لأَنَّهُ أَستَرُ وَيُحفَرُ إلى الصَّدرِ لمَا رَوَينَا (وَلا يُحفَرُ للرَّجُل)؛ لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مَا حَفَرَهُ لمَاعِزٍ، وَلأَنَّ مَبنَى الإِقَامَةِ عَلَى التَّشهِيرِ فِي الرِّجَال، وَالرَّبطُ وَالإِمسَاكُ غَيرُ مَشرُوعٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ حَدِيث عَليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: **يُضْرَبُ الرِّجَالُ فِي الحُدُود قِيَامًا وَالنِّسَاءُ قُعُودًا.** وَالثَّنْدُوَةُ بِفَتْحِ الثَّاءِ وَالوَاوِ وَبِالضَّمِّ وَالهَمْزِ مَكَانَ الوَاوِ وَالدَّالُ فِي الحَالتَيْنِ مَضْمُومَةٌ: ثَدْيُ الرَّجُل أَوْ لحْمُ الثَّدْيَيْنِ. والهمدانية بِسُكُونِ المِيمِ مَنْسُوبَةٌ إلى هَمْدَانَ بِسُكُونِ المِيمِ حَيٌّ مِنْ العَرَبِ. وَقَوْلُهُ (لمَا رَوَيْنَا) يَعْنِي مِنْ حَدِيث الغَامِدِيَّةِ حَيْثُ حُفِرَ لهَا إلى الثَّنْدُوَةِ وَقَوْلُهُ (وَالرَّبْطُ وَالإِمْسَاكُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ) يَعْنِي إلا أَنْ يُعْجِزَهُمْ كَمَا ذَكَرْنَاهُ.

(وَلا يُقِيمُ المَولى الحَدَّ عَلى عَبدِهِ إلا بِإِذنِ الإِمَامِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لهُ أَن يُقِيمَهُ لأَنَّ لهُ وِلايَةً مُطلقَةً عَليهِ كَالإِمَامِ، بَل أَولى لأَنَّهُ يَملكُ مِن التَّصَرُّفِ فِيهِ مَا لا يَملكُهُ الإِمَامُ فَصَارَ كَالتَّعزِيرِ. وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «أَربَعٌ إلى الوُلاةِ وَذَكَرَ مِنهَا الحُدُودَ» وَلأَنَّ الحَدَّ حَقُّ اللهِ تَعَالى لأَنَّ المَقصِدَ مِنهَا إِخلاءُ العَالمِ عَن الفَسَادِ، وَلهَذَا لا يَسقُطُ بِإِسقَاطِ العَبدِ فَيَستَوفِيهِ مَن هُوَ نَائِبٌ عَن الشَّرعِ وَهُوَ الإِمَامُ أَو نَائِبُهُ، بِخِلافِ التَّعزِيرِ لأَنَّهُ حَقُّ العَبدِ وَلهَذَا يُعَزَّرُ الصَّبِيُّ، وَحَقُّ الشَّرعِ مَوضُوعٌ عَنهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلنَا قَوْلُهُ ﷺ: «أَرْبَعٌ إلى الوُلاةِ» وَذَكَرَ مِنْهَا الحُدُودَ) رَوَاهُ ابْنُ مَسْعُود وَابْنُ عَبَّاسٍ وَابْنُ الزُّبَيْرِ، وَالثَّلاثَةُ البَاقِيَةُ: الصَّدَقَاتُ، وَالجُمُعَاتُ، وَالفَيْءُ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ

الحُدُودَ حَقُّ اللهِ تَعَالى) حَقُّ اللهِ مَشْرُوعٌ يَتَعلقُ بِهِ نَفْعُ العَالَمِ عَلى الإطْلاقِ وَالتَّنْكِيرُ لِيَتَنَاوَلَ مَا لنا وَمَا عَلَيْنا، وَقَوْلِي عَلى الإطْلاقِ لإخْرَاجِ حَقِّ العَبْدِ فَإِنَّهُ مَشْرُوعٌ يَتَعلقُ بِهِ نَفْعُ العَالَمِ بِالتَّخْصِيصِ كَحُرْمَةِ مَالِ الغَيْرِ مَثَلا فَإِنَّهَا حَقُّ العَبْدِ لِتَعَلُّقِ صِيَانَةِ مَا لَهُ بِهَا فَلِهَذَا يُبَاحُ بِإِبَاحَةِ المَالِكِ وَلا يُبَاحُ الزِّنَا بِإِبَاحَةِ المَرْأَةِ وَلا بِإِبَاحَةِ أَهْلِهَا، وَتَمَامُ التَّقْرِيرِ فِيهِ مَذْكُورٌ فِي التَّقْرِيرِ.

قَالَ (وَإِحصَانُ الرَّجُلِ أَن يَكُونَ حُرًّا عَاقِلا بَالغًا مُسلمًا قَد تَزَوَّجَ امرأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَل بِهَا وَهُمَا عَلى صِفَةِ الإحصَانِ) فَالعَقلُ وَالبُلُوغُ شَرطٌ لأَهليَّةِ العُقُوبَةِ إذ لا خِطَابَ دُونَهُمَا، وَمَا وَرَاءَهُمَا يُشتَرَطُ لتَكَامُلِ الجِنَايَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النِّعمَةِ إذ كُفرَانُ النِّعمَةِ يَتَغَلظُ عِندَ تَكَثُّرِهَا، وَهَذِهِ الأشيَاءُ مِن جَلائِلِ النِّعَمِ. وَقَد شُرِعَ الرَّجمُ بِالزِّنَا عِندَ استِجمَاعِهَا فَيُنَاطُ بِهِ. بِخِلافِ الشَّرَفِ وَالعِلمِ؛ لأَنَّ الشَّرعَ مَا وَرَدَ بِاعتِبَارِهِمَا وَنَصبُ الشَّرعِ بِالرَّأيِ مُتَعَذِّرٌ، وَلأَنَّ الحُرِّيَّةَ مُمكِنَةٌ مِن النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ مُمكِنٌ مِن الوَطءِ الحَلال، وَالإصَابَةُ شِبَعٌ بِالحَلال، وَالإسلامُ يُمَكِّنُهُ مِن نِكَاحِ المُسلمَةِ وَيُؤَكِّدُ اعتِقَادَ الحُرمَةِ فَيَكُونُ الكُلُّ مَزجَرَةً عَن الزِّنَا. وَالجِنَايَةُ بَعدَ تَوَفُّرِ الزَّوَاجِرِ أَغلَظُ وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي اشتِرَاطِ الإسلامِ وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَةٍ لهُمَا مَا رُوِيَ " «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَجَمَ يَهُودِيَّينِ قَد زَنَيَا» قُلنَا: كَانَ ذَلكَ بِحُكمِ التَّورَاةِ ثُمَّ نُسِخَ، يُؤَيِّدُهُ «قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: مَن أَشرَكَ بِاَللهِ فَليسَ بِمُحصَنٍ»(١).

وَالمُعتَبَرُ فِي الدُّخُول إيلاجٌ فِي القُبُل عَلى وَجهٍ يُوجِبُ الغُسل. وَشَرطُ صِفَةِ الإحصَانِ فِيهِمَا عِندَ الدُّخُول، حَتَّى لو دَخَل بِالمَنكُوحَةِ الكَافِرَةِ أَو المَملُوكَةِ أَو المَجنُونَةِ أَو الصَّبِيَّةِ لا يَكُونُ مُحصَنًا، وَكَذَا إذَا كَانَ الزَّوجُ مَوصُوفًا بِإِحدَى هَذِهِ الصِّفَاتِ وَهِيَ حُرَّةٌ مُسلمَةٌ عَاقِلةٌ بَالغَةٌ؛ لأَنَّ النِّعمَةَ بِذَلكَ لا تَتَكَامَلُ إذ الطَّبعُ يَنفِرُ عَن صُحبَةِ المَجنُونَةِ، وَقَلمَا يَرغَبُ فِي الصَّبِيَّةِ لقِلةِ رَغبَتِهَا فِيهِ وَفِي المَملُوكَةِ حَذَرًا عَن رِقِّ الوَلدِ وَلا ائتِلافَ مَعَ الاختِلافِ فِي الدِّينِ. وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يُخَالِفُهُمَا فِي الكَافِرَةِ، وَالحُجَّةُ عَليهِ مَا ذَكَرنَاهُ وَقَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا يُحصِنُ المُسلمَ اليَهُودِيَّةُ وَلا النَّصرَانِيَّةُ وَلا

---

(١) أخرجه الدارقطني (١٤٧/٣)، وانظر نصب الراية (٥٠٢/٣).

الحرُّ الأمَةَ ولا الحرَّةَ العبدُ»[١].

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَإِحْصَانُ الرَّجْمِ**) إِنَّمَا قَيَّدَ الإِحْصَانَ بِالرَّجْمِ احْتِرَازًا عَنْ إِحْصَانِ القَذْفِ فَإِنَّهُ غَيْرُ هَذَا عَلى مَا يَجِيءُ إِنْ شَاءَ اللهُ. إِحْصَانُ الرَّجْمِ مَشْرُوطٌ بِسَبْعِ شَرَائِطَ (أَنْ يَكُونَ حُرًّا بَالِغًا عَاقِلا مُسْلِمًا قَدْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَلَ بِهَا وَهُمَا عَلى صِفَةِ الإِحْصَانِ) هَذَا عَلى قَوْلِ المُتَقَدِّمِينَ. وَأَمَّا المُتَأَخِّرُونَ فَقَدْ قَالُوا: **شَرَائِطُ الإِحْصَانِ** عَلَى الخُصُوصِ مِنْهَا شَيْئَانِ: الإِسْلامُ، وَالدُّخُولُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهُ. وَهَذَا الشَّرْطُ الثَّانِي مُرَكَّبٌ مِنْ ثَلاثَةٍ مِنْ ذَلِكَ.

وَأَمَّا العَقْلُ وَالبُلُوغُ فَشَرْطٌ لأَهْلِيَّةِ العُقُوبَةِ لِعَدَمِ الخِطَابِ بِدُونِهِمَا، وَأَمَّا الحُرِّيَّةُ فَشَرْطُ تَكْمِيلِ العُقُوبَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النِّعْمَةِ، وَالمُصَنِّفُ وَافَقَ المُتَأَخِّرِينَ فِي جَعْلِ العَقْلِ وَالبُلُوغِ شَرْطًا لأَهْلِيَّةِ العُقُوبَةِ، وَجَعَلَ البَاقِيَةَ شَرْطًا لِتَكَامُلِ الجِنَايَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النِّعْمَةِ لأَنَّ كُفْرَانَ النِّعْمَةِ يَتَغَلَّظُ عِنْدَ تَكَثُّرِهَا وَتَغَلُّظُهُ يَسْتَدْعِي أَغْلَظَ العُقُوبَاتِ وَهَذِهِ الأَشْيَاءُ مِنْ جَلائِلِ النِّعَمِ) فَكُفْرَانُهَا يَكُونُ سَبَبًا لأَفْحَشِ العُقُوبَاتِ وَهُوَ الرَّجْمُ بِالحِجَارَةِ إِلى المَوْتِ لِيَكُونَ ثُبُوتُ الحُكْمِ بِقَدْرِ سَبَبِهِ، وَانْحَصَرَ الشَّرَائِطُ عَلى هَذَا العَدَدِ لأَنَّ الرَّجْمَ بِالزِّنَا قَدْ شُرِعَ عِنْدَ اسْتِجْمَاعِهَا فَيُنَاطُ بِهَا، وَالشَّرَفُ وَالعِلْمُ وَالجَمَالُ وَالحَسَبُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جَلائِلِ النِّعَمِ أَيْضًا إِلا أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِاعْتِبَارِهَا وَنَصْبُ الشَّرْعِ بِالرَّأْيِ مُتَعَذِّرٌ).

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الحُرِّيَّةَ دَلِيلٌ عَلى الاقْتِصَارِ عَلى تِلْكَ الشَّرَائِطِ يَتَضَمَّنُ أَنَّ لَهَا مَدْخَلا فِي الاسْتِغْنَاءِ عَنْ الزِّنَا دُونَ غَيْرِهَا مِنْ العِلْمِ وَالشَّرَفِ وَذَلِكَ لأَنَّ الحُرِّيَّةَ مُمَكِّنَةٌ مِنْ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ) لأَنَّ الحُرَّ يَتَوَلَى أُمُورَ نَفْسِهِ لَيْسَ تَحْتَ وِلايَةِ أَحَدٍ. (وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ مُمَكِّنٌ مِنْ الوَطْءِ الحَلالِ) لا مَحَالَةَ وَالدُّخُولُ بِهِ شِبَعٌ بِالحَلالِ (وَالإِسْلامُ مُمَكِّنٌ مِنْ نِكَاحِ المُسْلِمَةِ وَمُؤَكِّدٌ اعْتِقَادَ الحُرْمَةِ فَيَكُونُ الكُلُّ مَزْجَرَةً عَنْ الزِّنَا، وَالجِنَايَةُ عِنْدَ تَوَافُرِ الزَّوَاجِرِ أَغْلَظُ) وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ فِي العِلْمِ بِأَحْوَالِ الآخِرَةِ وَمَا يَتَرَتَّبُ عَلى الزِّنَا مِنْ الفَسَادِ عَاجِلا وَالعُقُوبَةِ آجِلا مِنْ الزَّوَاجِرِ لا مَحَالَةَ، وَالجَمَالُ فِي المَنْكُوحَةِ مُقْنِعٌ لِلزَّوْجِ عَنْ النَّظَرِ إِلى غَيْرِهَا، وَالشَّرَفُ يَرْدَعُ عَنْ لُحُوقِ مَعَرَّةِ الزِّنَا وَعِقَابِهِ فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٠٣): غريب.

يَكُونَ مِنْ شَرَائِطه.

وَالجَوَابُ أَنَّ المُسْلِمَ النَّاشِئَ قَلمَا يَخْلُو عَنْ العلمِ بِمَا ذَكَرْت، وَالجَمَالُ وَالشَّرَفُ لَيْسَ لَهُمَا حَدٌّ مَعْلُومٌ يُضْبَطَان به فَلا تَكُونُ مُعْتَبَرَةً. وَأَمَّا وَجْهُ اشْتِرَاط كَوْنهما عَلى صفَةِ الإِحْصَانِ عِنْدَ الدُّخُول فَسَنَذْكُرُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يُخَالفُنَا فِي اشْتِرَاط الإِسْلامِ، وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَة) مُسْتَدلينَ بِمَا رَوَى مُسْنَدًا إلى ابْنِ عُمَرَ ﷺ «أَنَّ اليَهُودَ جَاءُوا إلى النَّبِيِّ ﷺ فَذَكَرُوا لهُ أَنَّ رَجُلا مِنْهُمْ وَامْرَأَةً زَنَيَا، فَقَال لَهُمْ رَسُولُ الله ﷺ: **مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَاة فِي شَأْنِ الزِّنَا؟** فَقَالُوا: نَفْضَحُهُمْ وَيُجْلدُونَ، فَقَال عَبْدُ الله بْنُ سَلامٍ: كَذَبْتُمْ إنَّ فِيهَا الرَّجْمَ، فَأَتَوْا بِالتَّوْرَاة فَنَشَرُوهَا فَجَعَل أَحَدُهُمْ يَدَهُ عَلى آيَة الرَّجْمِ ثُمَّ جَعَل يَقْرَأُ مَا قَبْلَهَا وَمَا بَعْدَهَا، فَقَال عَبْدُ الله بْنُ سَلامٍ: ارْفَعْ يَدَك، فَرَفَعَهَا فَإذَا فيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَقَال: صَدَقَ يَا مُحَمَّدُ فيهَا آيَةُ الرَّجْمِ، فَأَمَرَ بِهِمَا رَسُولُ الله ﷺ فَرُجِمَا»[١] قُلنَا كَانَ ذَلكَ بِحُكْمِ التَّوْرَاة ثُمَّ نُسِخَ، يُؤَيِّدُهُ مَا رَوَى أَصْحَابُنَا فِي كُتُبِهِمْ عَنْ ابْنِ عُمَرَ «مَنْ أَشْرَكَ بِالله فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ».

وَقَوْلُهُ (وَالمُعْتَبَرُ فِي الدُّخُول إيلاجٌ فِي القُبُل عَلى وَجْه يُوجِبُ الغُسْل) لبَيَان مَا يَحْصُلُ بِه الإِحْصَانُ مِنْ الجمَاعِ، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّهُ يُنَافِي مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْله وَالإِصَابَةُ شبَعٌ بِالحَلال، فَإِنَّ الشِّبَعَ إنَّمَا يَكُونُ بِالإِنْزَال دُونَ الإِيلاجِ عُرِفَ ذَلكَ فِي حَديث رِفَاعَةَ حَيْثُ قَال ﷺ «**لا حَتَّى تَذُوقِي مِنْ عُسَيْلته وَيَذُوقَ مِنْ عُسَيْلتك**»[٢] بِالتَّصْغير. وَقَوْلُهُ (وَشَرْطُ صِفَةِ الإِحْصَانِ فِيهِمَا) ظَاهِرٌ. وَقِيل كَيْفَ يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ كَافِرًا وَالمَرْأَةُ مُسْلمَةً؟

وَأُجِيبَ بِأَنَّ صُورَتَهُ أَنْ يَكُونَا كَافِرَيْنِ فَأَسْلمَتْ المَرْأَةُ وَدَخَل بِهَا الزَّوْجُ قَبْل عَرْضِ الإِسْلامِ عَلَيْه لأَنَّهُ مَا لمْ يُفَرِّقْ القَاضِي بَيْنَهُمَا بِالإِبَاءِ عِنْدَ عَرْضِ الإِسْلامِ فَهُمَا زَوْجَانِ وَقَدْ مَرَّ (وَأَبُو يُوسُفَ يُخَالفُهُمَا فِي الكَافِرَة) فِي أَنَّ إسْلامَ المَنْكُوحَة وَقْتُ الدُّخُول بِهَا شَرْطُ إحْصَانِ الزَّانِي. فَعِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْط، حَتَّى لوْ دَخَل بِالمَنْكُوحَة الكَافِرَة يَصِيرُ مُحْصَنًا (وَالحُجَّةُ عَلَيْه) أَيْ عَلى أَبِي يُوسُفَ (مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي مِنْ قَوْله وَلا

(١) أخرجه البخاري في الحدود باب ٣٧، ومسلم في الحدود (٢٦).

(٢) سبق تخريجه.

ائتلافَ مَعَ الاختلاف في الدِّينِ. وَقَوْلُهُ (وَقَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ) مَعْطُوفٌ على قَوْله مَا ذَكَرْنَاهُ «لا تُحْصِنُ المُسْلمَ اليَهُوديَّةُ وَلا النَّصْرَانيَّةُ وَلا الحُرَّ الأَمَةُ وَلا الحُرَّةُ العَبْدَ» ذَكَرَهُ شَمْسُ الأَئمَّة السَّرَخْسيُّ مُرْسَلا في مَبْسُوطه.

قَال (وَلا يُجمَعُ فِي المُحصَنِ بَينَ الرَّجمِ وَالجَلدِ) لأنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لم يَجمَع، وَلأنَّ الجَلدَ يَعرى عَن المَقصُودِ مَعَ الرَّجمِ؛ لأنَّ زَجرَ غَيرِهِ يَحصُلُ بِالرَّجمِ إذ هُوَ فِي العُقُوبَةِ أَقصَاهَا وَزَجرُهُ لا يَحصُلُ بَعدَ هَلاكِهِ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجْمَعُ فِي المُحْصَنِ بَيْنَ الجَلد وَالرَّجْمِ) وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ أَحْمَدَ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا لِمَا رَوَى عُبَادَةَ بْنُ الصَّامت ﷺ أَنَّهُ ﷺ قَال: «الثَّيِّبُ بالثَّيِّب جَلْدُ مائَة وَرَمْيٌ بالحِجَارَة وَالبكْرُ بالبكْرِ جَلْدُ مائَة وَنَفْيُ سَنَة» وَلنَا أَنَّ النَّبيَّ ﷺ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَهُمَا في مَاعزٍ وَلا فِي الغَامديَّة وَلا الصَّحَابَة بَعْدَهُ. وَحَديثُ عُبَادَةَ بَيَانٌ لقَوْله تَعَالى: ﴿ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ١٥] وَحَديثُ مَاعزٍ بَعْدَهُ فَيَكُونُ نَاسِخًا. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الجَلدَ يَعْرَى) ظَاهِرٌ.

قَال (وَلا يُجمَعُ فِي البِكرِ بَينَ الجَلدِ وَالنَّفيِ) وَالشَّافِعِيُّ يَجمَعُ بَينَهُمَا حَدًّا؛ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «البِكرُ بِالبِكرِ جَلدُ مِائَةٍ وَتَغرِيبُ عَامٍ»[1] وَلأَنَّ فِيهِ حَسمَ بَابِ الزِّنَا لقِلةِ المَعَارِفِ. وَلنَا قَولهُ تَعَالى: ﴿ فَٱجْلِدُوا۟ ﴾ جَعَل الجَلدَ كُل المُوجَبِ رُجُوعًا إلى حَرفِ الفَاءِ وَإِلى كَونِهِ كُل المَذكُورِ، وَلأَنَّ فِي التَّغرِيبِ فَتحَ بَابِ الزِّنَا لانعِدَامِ الاستِحيَاءِ مِن العَشِيرَةِ ثُمَّ فِيهِ قَطعُ مَوَادِّ البَقَاءِ، فَرُبَّمَا تَتَّخِذُ زِنَاهَا مَكسَبَةً وَهُوَ مِن أَقبَحِ وُجُوهِ الزِّنَا، وَهَذِهِ الجِهَةُ مُرَجِّحَةٌ لقَول عَليٍّ رَضِيَ اللهُ تَعَالى عَنهُ: كَفَى بِالنَّفيِ فِتنَةً، وَالحَدِيثُ مَنسُوخٌ كَشَطرِهِ، وَهُوَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلدُ مِائَةٍ وَرَجمٌ بِالحِجَارَةِ» وَقَد عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوضِعِهِ.

قَال (إلا أَن يَرَى الإِمَامُ فِي ذَلكَ مَصلحَةً فَيُغَرِّبَهُ عَلى قَدرِ مَا يَرَى) وَذَلكَ تَعزِيرٌ وَسِيَاسَةٌ؛ لأَنَّهُ قَد يُفِيدُ فِي بَعضِ الأَحوَال فَيَكُونُ الرَّأيُ فِيهِ إلى الإِمَامِ، وَعَليهِ يُحمَلُ النَّفيُ المَروِيُّ عَن بَعضِ الصَّحَابَةِ

---

(١) أخرجه مسلم عن عبادة بن الصامت، وانظر نصب الراية (٣/٥٠٥).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالشَّافِعِيُّ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا حَدًّا) أَيْ فِي حَدِّ الزِّنَا بِنَفْيِ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ جَمِيعًا (لِقَوْلِهِ ﷺ: «**البِكْرُ بِالبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ**») وَلأَنَّ التَّغْرِيبَ مِنْ تَتِمَّةِ الحَدِّ، فَكَمَا أَنَّ الرَّجُلَ وَالمَرْأَةَ فِي حَقِّ الجَلْدِ سَوَاءٌ فَكَذَلِكَ فِي حَقِّ التَّغْرِيبِ (وَلأَنَّ فِيهِ) أَيْ فِي التَّغْرِيبِ (حَسْمَ مَادَّةِ الزِّنَا لِقِلَّةِ المَعَارِفِ) أَيْ لِقِلَّةِ مَنْ يَعْرِفُهُمْ وَيَعْرِفُونَهُ مِنْ الأَحِبَّاءِ وَالحَبِيبَاتِ، لِمَا أَنَّ الزِّنَا إِنَّمَا يَنْشَأُ مِنْ الصُّحْبَةِ وَالمُؤَانَسَةِ وَالتَّغْرِيبُ قَاطِعٌ لِذَلِكَ (وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَٱجْلِدُواْ﴾ جَعَلَ الجَلْدَ كُلَ المُوجِبِ رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الفَاءِ) وَرُجُوعًا نُصِبَ عَلَى المَصْدَرِ وَمَعْنَاهُ أَنَّ الفَاءَ لِلجَزَاءِ، وَإِذَا ذُكِرَ الجَزَاءُ بَعْدَ الشَّرْطِ بِالفَاءِ دَل اسْتِقْرَاءُ كَلامِهِمْ أَنَّهُ هُوَ الجَزَاءُ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ إِذَا **قَالَ لامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلت الدَّارَ فَأَنْت طَالِقٌ وَاحِدَةً** لَيْسَ جَزَاءُ الشَّرْطِ إِلا مَا هُوَ المَذْكُورُ بَعْدَ الفَاءِ. وَقَوْلُهُ (وَإِلَى كَوْنِهِ كُلَ المَذْكُورِ) أَيْ رُجُوعًا إِلَى كَوْنِهِ كُلَ المَذْكُورِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ ذَكَرَ الجَلْدَ دُونَ النَّفْيِ فِي مَوْضِعِ الحَاجَةِ إِلَى البَيَانِ فَكَانَ مَا ذَكَرَهُ كُلُّ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي البَيَانِ، فَلَوْ بَقِيَ شَيْءٌ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ وَلَمْ يُبَيِّنْ لَزِمَ الإِخْلالُ فِي البَيَانِ فِي مَوْضِعِ الحَاجَةِ وَالعَمَلُ بِالحَدِيثِ الَّذِي رَوَاهُ نَسْخٌ لِلكِتَابِ وَهُوَ لا يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ فِي التَّغْرِيبِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ فِيهِ) أَيْ فِي التَّغْرِيبِ (قَطْعَ مَادَّةِ البَقَاءِ) يَعْنِي مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ المَأْكُولِ وَالمَلْبُوسِ (فَرُبَّمَا تَتَّخِذُ زِنَاهَا مَكْسَبَةً وَهُوَ مِنْ أَقْبَحِ وُجُوهِ الزِّنَا) لا زِيَادَةَ شَهْوَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَهَذِهِ الجِهَةُ مُرَجِّحَةٌ لِقَوْلِ عَلِيٍّ) نُقِل بِفَتْحِ الجِيمِ وَكَسْرِهَا؛ فَوَجْهُ الفَتْحِ أَنَّ هَذِهِ الجِهَةَ مِنْ العِلةِ أَقْوَى مِنْ عِلةِ الخَصْمِ بِشَهَادَةِ قَوْلِ عَلِيٍّ لِصِحَّةِ مَا قُلنَاهُ.

وَوَجْهُ الكَسْرِ أَنَّ الخَصْمَ يُنْكِرُ صِحَّةَ نَقْلِ قَوْلِ عَلِيٍّ فَقَالَ المُصَنِّفُ هَذِهِ الجِهَةُ مِنْ جِهَاتِ العِلَلِ تُؤَيِّدُ صِحَّةَ قَوْلِ عَلِيٍّ، فَكَانَتْ اللامُ لِلصِّلةِ دَاخِلةً عَلَى المَفْعُولِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِلزَّكَوٰةِ فَٰعِلُونَ﴾ [المؤمنون: ٤] وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ كَانَتْ لِلتَّعْلِيلِ. فَإِنْ قِيل: الأَصْلُ أَنَّ مَا يَصْلُحُ عِلةً لا يَصْلُحُ مُرَجِّحًا وَهَذِهِ الجِهَةُ عِلةٌ فَكَيْفَ صَلحَتْ مُرَجِّحَةً. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذِهِ الجِهَةَ لَيْسَتْ بِمُثْبِتَةٍ لِلحَدِّ بَل هِيَ نَافِيَةٌ، مَعَ أَنَّ النَّفْيَ لَيْسَ بِحُكْمٍ وَاجِبٍ فِي الحَدِّ فَيَصْلُحُ لِلتَّرْجِيحِ، فَفِي مِثْلِ هَذَا المَوْضِعِ تُذْكَرُ العِلَلُ

مُوَضِّحًا بَعْضُهَا بَعْضًا، وَمَا أَرَى اخْتِيَارَ الْمُصَنِّف لفظَ الجِهَة عَلى لفْظ العلة إلا لِهَذَا كَذَا فِي النِّهَايَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالحَدِيثُ) يَعْنِي قَوْلَهُ: «**البِكْرُ بِالبِكْرِ جَلدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ**» (مَنْسُوخٌ كَشَطْرِهِ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**الثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالحِجَارَةِ**» وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِه) قِيل يَعْنِي فِي طَرِيقَة الخلاف.

فَإِنْ قِيل: هَذَا إِثْبَاتُ النَّسْخِ: بِالقِيَاسِ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ بَيَانٌ لِكَوْنِ الحَدِيث مَنْسُوخًا بِنَاسِخٍ وَلَمْ يُبَيِّنْ أَنَّ النَّاسِخَ مَا هُوَ. وَحَاصِلُ ذَلكَ أَنَّ حُكْمَ الزِّنَا فِي الابْتِدَاءِ كَانَ إِمْسَاكَ الزَّوَانِي فِي البُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ وَالإِيذَاءَ بِاللسَانِ، فَانْتَسخَ ذَلكَ بِقَوْلِه عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**خُذُوا عَنِّي خُذُوا عَنِّي قَدْ جَعَلَ اللهُ لَهُنَّ سَبِيلا**» ثُمَّ انْتَسخَ هَذَا الحَدِيثُ بِقَوْلِه تَعَالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى﴾ [النور: ٢].

وَالدَّلِيلُ عَلى أَنَّ الحَدِيثَ مُقَدَّمٌ عَلى قَوْلِه تَعَالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى﴾ [النور: ٢] أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَال: «**خُذُوا عَنِّي**» وَلَوْ كَانَ انْتِسَاخُ إِمْسَاكِ الزَّوَانِي فِي البُيُوتِ بِقَوْلِه: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى﴾ [النور: ٢] لقَال عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ خُذُوا عَنْ اللهِ.

وَهَذِه الدَّلالةُ التِي هِيَ دَلالةُ التَّقَدُّمِ هَاهُنَا مِثْلُ دَلالة التَّقَدُّمِ فِي حَدِيثِ العُرَنِيِّينَ وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِه فِي الكِتَابِ وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِه: أَيْ دَل فِي حَدِيث العُرَنِيِّينَ دَالٌّ عَلى أَنَّهُ مُقَدَّمٌ عَلى قَوْلِه ﷺ: «**اسْتَنْزِهُوا البَوْل**» وَهُوَ جَوَازُ الْمُثْلة، فَكَذَلكَ هَاهُنَا دَل الدَّالُّ عَلى أَنَّ الحَدِيثَ مُقَدَّمٌ عَلى قَوْله تَعَالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى﴾ [النور: ٢] وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، هَذَا مَا ذَكَرَهُ فِي النِّهَايَةِ وَتَبِعَهُ غَيْرُهُ مِنْ الشَّارِحِينَ.

وَقَوْلُهُ (إلا أَنْ يَرَى ذَلكَ مَصْلحَةً) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله وَلا يَجْمَعُ فِي البِكْرِ بَيْنَ الجَلد وَالنَّفْيِ يَعْنِي إِذَا **رَأَى الإِمَامُ تَغْرِيبَ الزَّانِي مَصْلحَةً لدعَارَته** فَعَل ذَلكَ عَلى قَدْرِ مَا يَرَاهُ بِطَرِيقِ التَّعْزِيرِ وَالسِّيَاسَة (لأَنَّهُ قَدْ يُفِيدُ فِي بَعْضِ الأَحْوَال فَيَكُونُ الرَّأْيُ فِيه إِلى الإِمَامِ، وَعَلَيْه يُحْمَلُ النَّفْيُ المَرْوِيُّ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَة) رُوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ﷺ جَلدَ بِكْرَيْنِ وَنَفَاهُمَا إِلى فَدَكَ، وَعُمَرُ ﷺ سَمِعَ قَائِلةً تَقُولُ: هَل مِنْ سَبِيلٍ إِلى خَمْرٍ فَأَشْرَبُهَا أَوْ مِنْ سَبِيلٍ إِلى نَصْرِ بْنِ حَجَّاجٍ إِلى فَتَى مَاجِد الأَعْرَاق مُقْتَبِلٍ سَهْل الْمُحَيَّا كَرِيم غَيْرِ ملجَاجٍ فَطَلَبَ نَصرًا وَنَفَاهُ، وَذَلكَ لا يُوجِبُ النَّفْيَ، وَلكِنْ فَعَل ذَلكَ لِمَصْلحَة ظَهَرَتْ لهُ، فَقَال: مَا ذَنْبِي يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ؟ فَقَال: لا ذَنْبَ لك، وَإِنَّمَا الذَّنْبُ لِي حَيْثُ لا أُطَهِّرُ دَارَ الهِجْرَة

منْكَ. وَعُثْمَانُ ﷺ جَلدَ زَانيًا وَنَفَاهُ إلى مصْرَ، وَعَليٌّ ﷺ جَلدَ وَنَفى ثُمَّ قَال: كَفَى بِالنَّفْيِ فتْنَةً، وَكُلُّ ذَلكَ مَحْمُولٌ عَلى السِّيَاسَةِ وَالتَّعْزِير.

(وَإِذَا زَنَى المَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجمُ رُجِمَ)؛ لأَنَّ الإِتلافَ مُستَحَقٌّ فَلا يَمتَنِعُ بِسَبَبِ المَرَضِ (وَإِن كَانَ حَدُّهُ الجَلدَ لم يُجلد حَتَّى يَبرأَ) كَيلا يُفضِيَ إلى الهَلاكِ وَلهَذَا لا يُقَامُ القَطعُ عِندَ شِدَّةِ الحَرِّ وَالبَردِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا زَنَى المَرِيضُ إلخْ) ظَاهِرٌ.

(وَإِن زَنَت الحَامِلُ لم تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَملهَا) كَيلا يُؤَدِّيَ إلى هَلاكِ الوَلدِ وَهُوَ نَفسٌ مُحتَرَمَةٌ (وَإِن كَانَ حَدُّهَا الجَلدَ لم تُجلد حَتَّى تَتَعَالى مِن نِفَاسِهَا) أَي تَرتَفِعَ يُرِيدُ بِهِ تَخرُجُ مِنهُ؛ لأَنَّ النِّفَاسَ نَوعُ مَرَضٍ فَيُؤَخَّرُ إلى زَمَانِ البُرءِ. بِخِلافِ الرَّجمِ؛ لأَنَّ التَّأخِيرَ لأَجلِ الوَلدِ وَقَد انفَصَلَ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُؤَخَّرُ إلى أَن يَستَغنِيَ وَلدُهَا عَنهَا إذَا لم يَكُن أَحَدٌ يَقُومُ بِتَربِيَتِهِ؛ لأَنَّ فِي التَّأخِيرِ صِيَانَةَ الوَلدِ عَن الضَّيَاعِ، وَقَد رُوِيَ «أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَال للغَامِدِيَّةِ بَعدَمَا وَضَعَت ارجِعِي حَتَّى يَستَغنِيَ وَلدُك»[1] ثُمَّ الحُبلى تُحبَسُ إلى أَن تَلدَ إن كَانَ الحَدُّ ثَابِتًا بِالبَيِّنَةِ كَي لا تَهرُبَ، بِخِلافِ الإِقرَارِ؛ لأَنَّ الرُّجُوعَ عَنهُ عَامِلٌ فَلا يُفِيدُ الحَبسُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَال للغَامديَّة) رُويَ «أَنَّ الغَامديَّةَ لَمَّا أَقَرَّتْ بالزِّنَا بَيْنَ يَدَيْ رَسُول الله ﷺ وَكَانَتْ حَاملا قَال لَهَا عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **ارْجعي حَتَّى تَضَعي مَا في بَطْنك**، فَلمَّا وَضَعَتْ جَاءَتْ ثَانيًا وَأَقَرَّتْ، فَقَال لَهَا: **ارْجعي حَتَّى يَسْتَغْني وَلَدُك**، فَقَالتْ: أَخَافُ أَنْ أَمُوتَ قَبْل أَنْ أُحَدَّ، فَقَال رَجُلٌ: أَنَا أَقُومُ بتَرْبيَة وَلدهَا يَا رَسُول الله، فَأَمَرَ ﷺ برَجْمهَا» فَدَل أَنَّ الحُكْمَ هُوَ التَّأْخيرُ عَنْ هَذَا الزَّمَان إذَا لَمْ يَكُنْ لوَلدهَا مُرَبٌّ.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٠٧): غريب بهذا اللفظ.

بَابُ الوَطءِ الذِي يُوجِبُ الحدَّ وَالَّذِي لا يُوجِبُهُ

قَال (الوَطءُ المُوجِبُ للحدِّ هُوَ الزِّنَا) وَإِنَّهُ فِي عُرفِ الشَّرعِ وَاللسَانِ: وَطءُ الرَّجُل المَرأَةَ فِي القُبُل فِي غَيرِ المِلكِ، وَشُبهَةِ المِلكِ لأَنَّهُ فِعلٌ مَحظُورٌ، وَالحُرمَةُ عَلى الإِطلاقِ عِندَ التَّعَرِّي عَن المِلكِ وَشُبهَتِهِ، يُؤَيِّدُ ذَلكَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «ادرَءُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»[1] ثُمَّ الشُّبهَةُ نَوعَانِ: شُبهَةٌ فِي الفِعل وَتُسَمَّى شُبهَةَ اشتِبَاهٍ، وَشُبهَةٌ فِي المَحل وَتُسَمَّى شُبهَةً حُكمِيَّةً. فَالأُولى تَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ مَن اشتَبَهَ عَليهِ؛ لأَنَّ مَعنَاهُ أَن يُظَنَّ غَيرُ الدَّليل دَليلا وَلا بُدَّ مِن الظَّنِّ لِيَتَحَقَّقَ الاشتِبَاهُ. وَالثَّانِيَةُ تَتَحَقَّقُ بِقِيَامِ الدَّليل النَّافِي للحُرمَةِ فِي ذَاتِهِ وَلا تَتَوَقَّفُ عَلى ظَنِّ الجَانِي وَاعتِقَادِهِ. وَالحَدُّ يَسقُطُ بِالنَّوعَينِ لإِطلاقِ الحَدِيثِ.

وَالنَّسَبُ يَثبُتُ فِي الثَّانِيَةِ إِذَا ادَّعَى الوَلَدَ، وَلا يَثبُتُ فِي الأُولى وَإِن ادَّعَاهُ لأَنَّ الفِعل تَمَحَّضَ زِنًا فِي الأُولى؛ وَإِن سَقَطَ الحَدُّ لأَمرٍ رَاجِعٍ إِليهِ وَهُوَ اشتِبَاهُ الأَمرِ عَليهِ وَلم يَتَمَحَّض فِي الثَّانِيَةِ فَشُبهَةُ الفِعل فِي ثَمَانِيَةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَزَوجَتِهِ، وَالمُطَلَّقَةُ ثَلاثًا وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَبَائِنًا بِالطَّلاقِ عَلى مَالٍ وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَأُمُّ وَلدٍ أَعتَقَهَا مَولاهَا وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَجَارِيَةُ المَولى فِي حَقِّ العَبدِ، وَالجَارِيَةُ المَرهُونَةُ فِي حَقِّ المُرتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الحُدُودِ. فَفِي هَذِهِ المَوَاضِعِ لا حَدَّ عَليهِ إِذَا قَال: ظَنَنت أَنَّهَا تَحِلُّ لي. وَلو قَال عَلمت أَنَّهَا عَليَّ حَرَامٌ وَجَبَ الحَدُّ. وَالشُّبهَةُ فِي المَحل فِي سِتَّةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ ابنِهِ، وَالمُطَلَّقَةُ طَلاقًا بَائِنًا بِالكِنَايَاتِ، وَالجَارِيَةُ المَبِيعَةُ فِي حَقِّ البَائِعِ قَبل التَّسليمِ وَالمَمهُورَةُ فِي حَقِّ الزَّوجِ قَبل القَبضِ، وَالمُشتَرِكَةُ بَينَهُ وَبَينَ غَيرِهِ، وَالمَرهُونَةُ فِي حَقِّ المُرتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الرَّهنِ. فَفِي هَذِهِ المَوَاضِعِ لا يَجِبُ الحَدُّ وَإِن قَال عَلمت أَنَّهَا عَليَّ حَرَامٌ.

الشرح:

(بَابُ الوَطْءِ الذي يُوجِبُ الحَدَّ وَالَّذِي لا يُوجِبُهُ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ إقَامَةِ الحَدِّ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يُوجِبُ الحَدَّ وَمَا لا يُوجِبُهُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا تَعْرِيفَ الزِّنَا فِي أَوَّلِ كِتَابِ الحُدُودِ، وَذَكَرَهُ المُصَنِّفُ هَاهُنَا. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْعَكِسٍ لأَنَّ الزِّنَا يَصْدُقُ فِي فِعْلِ المَرْأَةِ هَذَا الفِعْلِ وَلِهَذَا لا يُحَدُّ قَاذِفُهَا بِالزِّنَا حَدَّ القَذْفِ، وَهَذَا التَّعْرِيفُ وَهُوَ قَوْلُهُ وَطْءُ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٠٨): غريب بهذا اللفظ.

الرَّجُل المَرْأَةَ فِي القُبُل فِي غَيْرِ الملك وَشُبْهَة الملك لَيْسَ بصَادق عَلَيْه. وَأُجيبَ بأَنَّ هَذَا التَّعْرِيفَ إِنَّمَا هُوَ بالنِّسْبَة للأَصْل وَالمَرْأَةُ تَدْخُلُ فيه تَبَعًا لَمَا سَيَجِيءُ بَعْدَ هَذَا أَنَّ كُل مَوْضِعٍ يَجِبُ فِيهِ الحَدُّ عَلَى الرَّجُل يَجِبُ عَلَى المَرْأَةِ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ لا يَجِبُ فِيهِ عَلَى الرَّجُل لا يَجِبُ عَلَى المَرْأَة.

فَإِنْ قُلت: قَوْلُهُ لأَنَّهُ فعْلٌ مَحْظُورٌ تَعْليلٌ وَاقِعٌ فِي غَيْرِ مَحَله لأَنَّهُ فِي التَّصَوُّرَات.

قُلت: التَّعْليلُ لَيْسَ لإِثْبَاتِ التَّعْرِيفِ وَإِنَّمَا هُوَ لبَيَان اعْتبَارِهِمْ انْتفَاءَ الشُّبْهَة فِي تَحْقيقِ الزِّنَا. وَتَقْرِيرُ كَلامه أَنَّ مَا اعْتَبَرُوا أَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ شُبْهَة الملك لأَنَّهُ فعْلٌ مَحْظُورٌ يُوجبُ الحَدَّ فَيُعْتَبَرُ فيه الكَمَالُ، لأَنَّ النَّاقصَ ثَابتٌ منْ وَجْه دُونَ وَجْه فَلا يُوجبُ عُقُوبَةً كَاملةً وَالكَمَالُ فِي الحَظْرِ عنْدَ التَّعَرِّي عَنْ الملك وَشُبْهَته (يُؤَيِّدُ ذَلكَ قَوْلُهُ ﷺ: «**ادْرَءُوا الحُدُودَ بالشُّبُهات**» ثُمَّ الشُّبْهَةُ) وَهيَ مَا يُشْبهُ الثَّابتَ وَلَيْسَ بثَابتٍ عَلى مَا قَالُوا (نَوْعَان: شُبْهَةٌ فِي الفعْل وَتُسَمَّى شُبْهَةَ اشْتبَاه) أَيْ هِيَ شُبْهَةٌ فِي حَقِّ مَنْ اشْتَبَهَ عَلَيْه وَلَيْسَتْ بشُبْهَة فِي حَقِّ مَنْ لَمْ يَشْتَبهْ عَلَيْه، حَتَّى لوْ قَال عَلمْت أَنَّهَا تَحْرُمُ عَلَيَّ حُدَّ (وَشُبْهَةٌ فِي المَحَل وَتُسَمَّى شُبْهَةً حُكْمِيَّةً) وَتُسَمَّى شُبْهَةَ ملك أَيْضًا فَإِنَّهَا لا تُوجبُ الحَدَّ.

وَإِنْ قَال عَلمْت أَنَّهَا حَرَامٌ عَلَيَّ فَالأُولى تَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ مَنْ اشْتَبَهَ عَلَيْه لأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يَظُنَّ غَيْرَ الدَّليل دَليلا) كَمَا إذَا ظَنَّ أَنَّ جَاريَةَ امْرَأَته تَحلُّ لهُ بنَاءً عَلى أَنَّ الوَطْءَ نَوْعُ اسْتخْدَامٍ وَاسْتخْدَامُ الجَاريَة يَحلُّ فَكَذَا الوَطْءُ فَيَكُونُ تَحَقُّقُهَا بالنِّسْبَة إلى الظَّانِّ (وَالثَّانيَةُ تَتَحَقَّقُ بقيَامِ الدَّليل النَّافي للحُرْمَة فِي ذَاته) لكنْ لا يَكُونُ عَاملا لمَانعٍ اتَّصَل بهَا (وَ) هَذه (لا تَتَوَقَّفُ عَلى ظَنِّ الجَاني وَاعْتقَاده وَالحَدُّ يَسْقُطُ بالنَّوْعَيْن) جَميعًا (لإِطْلاق الحَديث) لكنْ فِي الأُولى عنْدَ الظَّنِّ وَفِي الثَّانيَة عَلى كُل تَقْديرٍ (وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ فِي الثَّاني) أَيْ فِي الوَطْءِ الثَّاني، وَقيل أَيْ فِي المَذْكُور الثَّاني، وَالأَوْلى أَنْ يُقَال فِي النَّوْعِ الثَّاني (إذَا ادَّعَى الوَلدَ وَلا يَثْبُتُ فِي الأَوَّل وَإِنْ ادَّعَاهُ لأَنَّ الفعْل تَمَحَّضَ) أَيْ خَلصَ (زنًا فِي) الشُّبْهَة (الأُولى وَإِنْ سَقَطَ الحَدُّ لأَمْرٍ رَاجعٍ إليْه) أَيْ إلى الوَاطِئ. وَقيل هَذَا لَيْسَ بمُجْرًى عَلى عُمُومه، فَإِنَّ المُطَلقَةَ الثَّلاثَ يَثْبُتُ فيهَا النَّسَبُ لأَنَّ هَذَا وَطْءٌ فِي شُبْهَة العَقْد فَيَكْفِي لإِثْبَات النَّسَب.

وَفِي الإِيضَاح: المُخْتَلعَةُ وَالمُطَلقَةُ بعِوَضٍ يَنْبَغي أَنْ تَكُونَ كَالمُطَلقَة ثَلاثًا، وَعَدَّ

شُبْهَةَ الفعْل وَهيَ فِي ثَمَانِيَة مَوَاضعَ كَمَا ذَكَرَ، فَإِذَا قَال ظَنَنْت أَنَّهَا تَحلُّ لي فَلا حَدَّ لأَنَّ الإِنْسَانَ يَنْتَفعُ بمَال هَؤُلاءِ حَسْبَ انْتفَاعه بمَال نَفْسه فَكَانَ هَذَا ظَنًّا فِي مَوْضعِ الاشْتبَاه فَيمْتَنعُ الحَدُّ، وَإِنْ **قَال الرَّجُلُ عَلمْت أَنَّهَا حَرَامٌ عَليَّ وَقَالتْ الجَارِيَةُ ظَنَنْت أَنَّهُ يَحلُّ لِي** لا يُحَدُّ وَاحدٌ منْهُمَا. أَمَّا المَرْأَةُ فَلدَعْوَى الشُّبْهَة، وَأَمَّا الرَّجُلُ فَلأَنَّ الزِّنَا يَقُومُ بهمَا، فَإِذَا سَقَطَ الحَدُّ عَنْ المَرْأَة سَقَطَ عَنْ الرَّجُل لمَكَان الشَّركَة عَلى مَا سَيَجيءُ.

فَإِنْ قيل: مَا وَجْهُ الاشْتبَاه فِي المُطَلقَة الثَّلاث حَتَّى لا يُحَدَّ إذَا قَال ظَنَنْت أَنَّهَا تَحلُّ لي. أُجيبَ بأَنَّ وَجْهَهُ بَقَاءُ بَعْضِ الأَحْكَامِ بَعْدَ الطَّلقَات الثَّلاث منْ النَّفَقَة وَالسُّكْنَى وَحُرْمَة نكَاحِ الأُخْت وَثُبوت النَّسَب حَتَّى لوْ جَاءَتْ بالوَلد يَثْبُتُ النَّسَبُ إلى سَنَتَيْنِ. فَإِنْ قيل: بَيْنَ النَّاسِ اخْتلافٌ فِي أَنَّ مَنْ **طَلقَ امْرَأَتَهُ ثَلاثًا هَل يَقَعُ أَوْ لا** فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ ذَلكَ شُبْهَةً فِي إسْقَاط الحَدِّ.

أُجيبَ بأَنَّهُ خلافٌ غَيْرُ مُعْتَدٍّ به حَتَّى لوْ قَضَى بِه القَاضِي لَمْ يَنْفُذْ قَضَاؤُهُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ الطَّلاقَ البَائنَ بالمَال لأَنَّهُ إذَا لَمْ يَكُنْ عَلى مَال فَوَطئَهَا فِي العدَّة فَلا حَدَّ عَليْه وَإِنْ قَال عَلمْت أَنَّهَا عَليَّ حَرَامٌ عَلى مَا يَجيءُ، وَشُبْهَةُ أُمِّ وَلد أَعْتَقَهَا مَوْلاهَا هيَ مَا قُلنَا فِي المُطَلقَة ثَلاثًا وَهيَ فِي العدَّة منْ قيَامِ أَثَرِ الفرَاشِ فَكَانَ الظَّنُّ فِي مَوْضعِ الاشْتبَاه، وَشُبْهَةُ العَبْد فِي جَارِيَة المَوْلى انْبسَاطُ يَد العَبْد فِي مَال مَوْلاهُ وَالجَارِيَةُ منْ مَاله فَجَازَ أَنْ يَظُنَّ حل الانْبسَاط فيهَا بالوَطْء (وَالجَارِيَةُ المَرْهُونَةُ فِي حَقِّ المُرْتَهنِ فِي روَايَة كتَاب الحُدُود) يَعْنِي إذَا قَال المُرْتَهنُ ظَنَنْت أَنَّهَا تَحلُّ لي لا يُحَدُّ، وَعَلى روَايَة كتَاب الرَّهْنِ لا يَجبُ الحَدُّ سَوَاءٌ ادَّعَى الظَّنَّ أَوْ لَمْ يَدَّعِ كَمَا فِي الجَاريَة المُشْتَركَة؛ لأَنَّهُ وَطئَ جَاريَةً انْعَقَدَ لهُ فيهَا سَبَبُ الملك فَلا يَجبُ عَليْه الحَدُّ اشْتَبَهَ عَليْه أَوْ لَمْ يَشْتَبهْ قيَاسًا عَلى مَا لوْ **وَطئَ جَاريَةً اشْتَرَاهَا** عَلى أَنَّ البَائعَ بالخيَارِ، وَإِنَّمَا قُلنَا انْعَقَدَ لهُ فيهَا سَبَبُ الملك لأَنَّهُ بالهَلاك يَصيرُ مُسْتَوْفيًا حَقَّهُ منْ وَقْت الرَّهْنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ فَقَدْ انْعَقَدَ لهُ فيهَا سَبَبُ الملك فِي الحَال وَيَحْصُلُ حَقيقَةُ الملك عنْدَ الهَلاك.

وَوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي كتَاب الحُدُود هُوَ أَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ عَقْدٌ لا يُفيدُ ملكَ المُتْعَة بحَالٍ فَقيَامُهُ لا يُورثُ شُبْهَةً حُكْميَّةً قيَاسًا عَلى الإجَارَة فَإِنَّهَا لا تُفيدُ ملكَ المُتْعَة بحَالٍ، فَمَا أَوْرَثَ قيَامُهَا فِي المَحَل شُبْهَةً حُكْميَّةً وَعَلى هَذَا كَانَ يَجبُ عَليْه الحَدُّ اشْتَبَهَ

أَوْ لَمْ يَشْتَبِهْ كَمَا فِي الجَارِيَةِ الْمُسْتَأْجَرَة للخدْمَة، إلا أَنَّهُ لا يَجِبُ إِذَا اشْتَبَهَ عَلَيْه لأَنَّهُ مَوْضِعُ اشْتِبَاه لأَنَّ ملكَ المَال فِي الجُمْلة سَبَبٌ لملك الْمُتْعَة وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَبَبًا فِي الرَّهْنِ وَقَدْ انْعَقَدَ لهُ سَبَبُ ملك فِي حَقِّ المَال فَيشْتَبهُ أَنَّهُ هَل يَثْبُتُ لهُ بهَذَا القَدْرِ ملكُ المُتْعَة أَوْ لا، بخلاف الإِجَارَة فَإِنَّ الثَّابتَ بهَا ملكُ المَنْفَعَة وَلا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ ذَلكَ سَبَبَ ملك المُتْعَة بحَالٍ فَقَدْ اشْتَبَهَ عَلَيْه مَا لا يَشْتَبهُ، وَبخلاف البَيْع بشَرْط الخِيَارِ لأَنَّهُ إِنَّمَا يُفيدُ الملكَ حَال قِيَامِ الجَارِيَة وَملكُ المَال حَال قِيَامِ الجَارِيَة سَبَبٌ لملك المُتْعَة فَقَدْ انْعَقَدَ لهُ سَبَبُ ملك المُتْعَة، وَهَاهُنَا إِنَّمَا يَمْلكُ مَاليَّةَ المَرْهُون عنْدَ الهَلاك وَملكُ المَال بَعْدَ الهَلاك لا يُفيدُ ملكَ المُتْعَة فِي حَالٍ منْ الأَحْوَال فَكَانَ بمَنْزلة ملك المَنْفَعَة.

ثُمَّ عَدَّ الشُّبْهَةَ فِي المَحَل وَهِيَ فِي سِتَّة مَوَاضعَ عَلَى مَا ذَكَرَهَا (جَارِيَةُ ابْنه) لقيَامِ الْمُقْتَضَى للملك وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**أَنْتَ وَمَالُك لأَبِيك**»[1] (وَالْمُطَلقَةُ طَلاقًا بَائنًا بالكنَايَات) لاخْتلاف الصَّحَابَة فِي كَوْنهَا رَجْعيَّةً أَوْ بَائنَةً (وَالجَارِيَةُ المَبيعَةُ فِي حَقِّ البَائعِ قَبْل التَّسْليم) لأَنَّ اليَدَ التي كَانَ بهَا مُتَسَلطًا عَلى الوَطْء بَاقيَةٌ بَعْدُ فَصَارَتْ شُبْهَةً فِي المَحَل (وَالمَمْهُورَةُ فِي حَقِّ الزَّوْجِ قَبْل القَبْضِ) لقيَامِ ملك اليَد (وَالْمُشْتَرَكَةُ) لقيَامِ الملك فِي النِّصْف (وَالمَرْهُونَةُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي روَايَة كتَاب الرَّهْنِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَهُ (فَفِي هَذه المَوَاضعِ لا يُحَدُّ) بكُل تَقْديرٍ، وَهَذَان النَّوْعَان منْ الشُّبْهَة هُوَ مَا كَانَ رَاجعًا إلى الفَاعلِ وَالقَائل.

ثُمَّ الشُّبهَةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَثبتُ بِالعَقدِ وَإِن كَانَ مُتَّفَقًا عَلَى تَحرِيمِهِ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ، وَعِندَ البَاقِينَ لا تَثبُتُ إِذَا عَلِمَ بِتَحرِيمِهِ، وَيَظهَرُ ذَلكَ فِي نِكَاحِ المَحَارِمِ عَلَى مَا يَأتِيك إن شَاءَ اللهُ تَعَالى، إذَا عَرَفنَا هَذَا.

الشرح:

وَثَمَّ شُبْهَةٌ أُخْرَى وَهِيَ التي تَثْبُتُ بالعَقْد فَإِنَّهَا عنْدَ أَبِي حَنيفَةَ تَثْبُتُ به سَوَاءٌ كَانَ العَقْدُ حَلالا أَوْ حَرَامًا مُتَّفقًا عَلَيْه أَوْ مُخْتَلفًا فيه، وَسَوَاءٌ كَانَ الوَاطئُ عَالمًا بالحُرْمَة أَوْ جَاهلا بهَا (وَعنْدَ) العُلمَاء (البَاقينَ لا تَثْبُتُ إذَا عَلمَ بتَحْريمه، وَيَظْهَرُ ذَلكَ فِي نكَاحِ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩١)عن جابر والحديث روي عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٥١٣/٣).

المَحَارِمِ عَلى مَا يَأْتِيك إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى. إذَا عَرَفْنَا هَذَا) أيْ هَذَا الذي ذَكَرْنَا مِنْ بَيَانِ نَوْعَيْ الشُّبْهَةِ سَهْلٌ تَخْرِيجِ الفُرُوعِ عَلى ذَلكَ وَهُوَ وَاضِحٌ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ.

(وَمَن طَلقَ امرَأتَهُ ثَلاثًا ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّةِ وَقَال عَلمت أنَّهَا عَليَّ حَرَامٌ حُدَّ) لزَوَال المِلكِ المُحَلل مِن كُل وَجهٍ فَتَكُونُ الشُّبهَةُ مُنتَفِيَةً وَقَد نَطَقَ الكِتَابُ بِانتِفَاءِ الحِل وَعَلى ذَلكَ الإِجمَاعُ، وَلا يُعتَبَرُ قَولُ المُخَالفِ فِيهِ؛ لأنَّهُ خِلافٌ لا اختِلافٌ، وَلو قَال: ظَنَنت أنَّهَا تَحِلُّ لي لا يُحَدُّ لأنَّ الظَّنَّ فِي مَوضِعِهِ لأنَّ أثَرَ المِلكِ قَائِمٌ فِي حَقِّ النَّسَبِ وَالحَبسِ وَالنَّفَقَةِ فَاعتُبِرَ ظَنُّهُ فِي إسقَاطِ الحَدِّ، وَأمُّ الوَلدِ إذَا أعتَقَهَا مَولاهَا وَالمُختَلعَةُ وَالمُطَلقَةُ عَلى مَالٍ بِمَنزِلةِ المُطَلقَةِ الثَّلاثَ لثُبُوتِ الحُرمَةِ بِالإِجمَاعِ وَقِيَامِ بَعضِ الآثَارِ فِي العِدَّةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ نَطَقَ الكِتَابُ) يَعْنِي قَوْله تَعَالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وَقَوْلُهُ (وَلا يُعْتَبَرُ قَوْلُ المُخَالف فيه) يُريدُ به قَوْل الزَّيْديَّة وَالإمَاميَّة، فَإنَّ الزَّيْديَّةَ تَقُولُ إذَا طَلقَهَا ثَلاثًا جُمْلةً لا يَقعُ إلا وَاحدَةٌ، وَالإمَاميَّةُ تَقُولُ إنَّهُ لا يَقَعُ شَيْءٌ أصْلا لكَوْنه خلافَ السُّنَّة، وَيَزْعُمُونَ أنَّهُ قَوْلُ عَليٍّ ﷺ (لأنَّهُ خلافٌ لا اخْتلافٌ) وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أنَّ الاخْتلافَ أنْ يَكُونَ الطَّريقُ مُخْتَلفًا وَالمَقْصدُ وَاحدًا، وَالخلافُ أنْ يَكُونَ كلاهُمَا مُخْتَلفًا.

وَقَوْلُهُ (وَلوْ قَال ظَنَنْت أنَّهَا تَحلُّ لي) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (في حَقِّ النَّسَب) يَعْني النَّسَبَ باعْتبَار العُلُوق السَّابق عَلى الطَّلاق لا النَّسَب بهَذَا الوَطْء فَإنَّهُ لا يَثْبُتُ.

(وَلو قَال لهَا: أنتِ خَليَّةٌ أو بَرِّيَّةٌ أو أمرُك بِيَدِك فَاختَارَت نَفسَهَا ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّةِ وَقَال: عَلمت أنَّهَا عَليَّ حَرَامٌ لم يُحَدَّ) لاختِلافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم فِيهِ؛ فَمِن مَذهَبِ عُمَرَ أنَّهَا تَطليقَةٌ رَجعِيَّةٌ، وَكَذَا الجَوَابُ فِي سَائِرِ الجِنَايَاتِ وَكَذَا إذَا نَوَى ثَلاثًا لقِيَامِ الاختِلافِ مَعَ ذَلكَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا نَوَى ثَلاثًا لقيَام الاخْتلاف مَعَ ذَلكَ) أيْ كَذَلكَ الحُكْمُ إذَا نَوَى مِنْ ألفَاظ الكنَايَة ثَلاثًا ثُمَّ وَطئَهَا في العدَّة لا يُحَدُّ وَإنْ قَال عَلمْت أنَّهَا عَليَّ حَرَامٌ لأنَّ اخْتلافَ الصَّحَابَة لا يَرْتَفعُ بنيَّة الثَّلاث فَكَانَتْ الشُّبْهَةُ قَائمَةً فَلا يَجبُ الحَدُّ.

(وَلا حَدَّ عَلى مَن وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ وَإِن قَالَ: عَلمت أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ) لأَنَّ الشُّبهَةَ حُكمِيَّةٌ لأَنَّهَا نَشَأَت عَن دَليلٍ وَهُوَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «أَنت وَمَالُك لأَبِيك» وَالأُبُوَّةُ قَائِمَةٌ فِي حَقِّ الجَدِّ. قَال (وَيَثبُتُ النَّسَبُ مِنهُ وَعَليهِ قِيمَةُ الجَارِيَةِ) وَقَد ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا حَدَّ عَلى مَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَده وَوَلَد وَلَده) يَعْنِي وَإِنْ كَانَ وَلَدُهُ حَيًّا، وَقَدْ يُشيرُ إلى ذَلكَ تَعْليلُ الكتَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَالأُبُوَّةُ قَائمَةٌ في حَقِّ الجَدِّ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ) أَيْ فِي بَابِ نكَاحِ الرَّقيقِ.

(وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَو أُمِّهِ أَو زَوجَتِهِ وَقَال ظَنَنت أَنَّهَا تَحِلُّ لي فَلا حَدَّ عَليهِ وَلا عَلى قَاذِفِهِ، وَإِن قَال: عَلمت أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ حُدَّ، وَكَذَا العَبدُ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ مَولاهُ) لأَنَّ بَينَ هَؤُلاءِ انبِسَاطًا فِي الانتِفَاعِ فَظَنُّهُ فِي الاستِمتَاعِ فَكَانَ شُبهَةَ اشتِبَاهٍ إلا أَنَّهُ زِنًا حَقِيقَةً فَلا يُحَدُّ قَاذِفُهُ، وَكَذَا إِذَا قَالت الجَارِيَةُ: ظَنَنت أَنَّهُ يَحِلُّ لي وَالفَحلُ لم يَدَّعِ فِي الظَّاهِرِ لأَنَّ الفِعل وَاحِدٌ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا قَالتْ الجَارِيَةُ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْله وَقَال ظَنَنْت أَنَّهَا تَحلُّ لي وَقَدْ قَدَّمْنَاهُ. وَقَوْلُهُ (في الظَّاهر) يَتَعلَّقُ بقَوْله وَكَذَا أَيْ لا حَدَّ عَلى العَبْد في ظَاهرِ الرِّوَايَة (لأَنَّ الفعْل وَاحدٌ) فَوُرُودُ الشُّبْهَة في أَحَد الجَانبَيْنِ يَكْفي لإِسْقَاط الحَدِّ عَنْ الآخَر. فَإِنْ قيل: يُشْكلُ هَذَا بمَا إذَا زَنَى البَالغُ بصَبيَّة حَيْثُ يَجبُ الحَدُّ عَلى البَالغ دُونَ الصَّبيَّة مَعَ أَنَّ الفعْل هُنَاكَ أَيْضًا وَاحدٌ. أُجيبَ بأَنَّ سُقُوطَ الحَدِّ في جَانب الصَّبيَّة لَمْ يَكُنْ باعْتبَار الشُّبْهَة بَل باعْتبَار عَدَم الأَهْليَّة للعُقُوبَات وَكَلامُنَا فيمَا إذَا تَمَكَّنَتْ في فعْلٍ وَاحدٍ منْ أَحَد الجَانبَيْنِ شُبْهَةٌ فَإِنَّ ذَلكَ يُؤَثِّرُ في الجَانب الآخَر

(وَإِن وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ أَو عَمِّهِ وَقَال: ظَنَنت أَنَّهَا تَحِلُّ لي حُدَّ) لأَنَّهُ لا انبِسَاطَ فِي المَال فِيمَا بَينَهُمَا وَكَذَا سَائِرُ المَحَارِمِ سِوَى الوِلادِ لمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

(وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيه أَوْ عَمِّه وَقَال ظَنَنْت أَنَّهَا تَحلُّ لي حُدَّ لأَنَّهُ لا انْبِسَاطَ

فِي المَالِ فِيمَا بَيْنَهُمَا وَكَذَا سَائِرُ المَحَارِمِ سِوَى الوِلادِ لَمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلَهُ لا انْبِسَاطَ فِي المَالِ فِيمَا بَيْنَهُمَا. فَإِنْ قِيلَ: لِمَ لَمْ يُجْعَلْ هَذَا كَالسَّرِقَةِ يَعْنِي إِذَا سَرَقَ مَالَ أَخُوهُ أَوْ أُخْتِه لا يُقْطَعُ. أُجِيبَ بِأَنَّ بَعْضَهُمْ هُنَاكَ يَدْخُلُ بَيْتَ بَعْضٍ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَلا حِشْمَةٍ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ هُنَاكَ الحِرْزُ وَالقَطْعُ دَائِرٌ مَعَ هَتْكِ الحِرْزِ، وَأَمَّا هُنَا فَالحِلُّ دَائِرٌ مَعَ المِلْكِ أَوْ العَقْدِ وَلَمْ يُوجَدْ المِلْكُ وَلا شُبْهَتُهُ وَلا العَقْدُ فَيَجِبُ الحَدُّ.

(وَمَن زُفَّت إليهِ غيرُ امرأتِهِ وَقَالت النِّسَاءُ: إنَّهَا زَوجَتُك فَوطِئَهَا لا حَدَّ عَليهِ وَعَليهِ المَهرُ) قَضَى بِذَلكَ عَليٌّ ﷺ وَبِالعِدَّةِ، وَلأنَّهُ اعتَمَدَ دَليلا وَهُوَ الإِخبَارُ فِي مَوضِعِ الاشتِبَاهِ، إذ الإِنسَانُ لا يُمَيِّزُ بَينَ امرَأتِهِ وَبَينَ غيرِهَا فِي أَوَّل الوَهلةِ فَصَارَ كَالمَغرُورِ، وَلا يُحَدُّ قَاذِفُهُ إلا فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لأنَّ المِلكَ مُنعَدِمٌ حَقِيقَةً

الشرح:

قَال (وَمَنْ زُفَّتْ إليْهِ غَيْرُ امْرَأَتِه) هَذَا مِنْ بَابِ الشُّبْهَةِ فِي المَحَلِ لأنَّ الفِعْلَ صَدَرَ مِنْهُ بِنَاءً عَلى دَلِيلٍ أَطْلَقَ الشَّرْعُ لهُ العَمَلَ بِه وَهُوَ الإِخْبَارُ بِأَنَّهَا امْرَأَتُهُ فَجَعَلَ المِلكَ كَالثَّابِتِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الغُرُورِ كَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَطِئَهَا ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ اُعْتُبِرَ المِلكُ كَالثَّابِتِ لِدَفْعِ الغُرُورِ كَذَلِكَ هَاهُنَا، وَلِهَذَا إِذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ يَثْبُتُ النَّسَبُ، وَلَوْ كَانَتْ الشُّبْهَةُ فِي الفِعْلِ لَمَا ثَبَتَ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ (وَلا يُحَدُّ قَاذِفُهُ إِلا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ) يَعْنِي أَنَّهُ يَقُولُ فِيهَا إِنَّ إِحْصَانَهُ لَمْ يَسْقُطْ بِهَذَا الفِعْلِ لأَنَّهُ بَنَى الحُكْمَ عَلى الظَّاهِرِ فَقَدْ كَانَ هَذَا الوَطْءُ حَلالا فِي الظَّاهِرِ فَلا يَسْقُطُ بِه إِحْصَانُهُ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ المِلكَ مُنْعَدِمٌ حَقِيقَةً فَلمْ يَبْقَ الظَّاهِرُ إِلا شُبْهَةً وَبِهَا يَسْقُطُ الحَدُّ وَلا يُقَامُ الحَدُّ عَلى قَاذِفِه.

(وَمَن وَجَدَ امرَأَةً عَلى فِرَاشِهِ فَوطِئَهَا فَعَليهِ الحَدُّ) لأَنَّهُ لا اشتِبَاهَ بَعدَ طُول الصُّحبَةِ فَلم يَكُن الظَّنُّ مُستَنِدًا إلى دَليلٍ، وَهَذَا لأَنَّهُ قَد يَنَامُ عَلى فِرَاشِهَا غَيرُهَا مِن المَحَارِمِ التِي فِي بَيتِهَا، وَكَذَا إذَا كَانَ أَعمَى لأَنَّهُ يُمكِنُهُ التَّمييزُ بِالسُّؤَال وَغَيرِهِ، إلا إن كَانَ دَعَاهَا فَأَجَابَتهُ أَجنَبِيَّةٌ وَقَالت: أَنَا زَوجَتُك فَوَاقَعَهَا لأَنَّ الإِخبَارَ دَليلٌ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ قَدْ يَنَامُ عَلى فِرَاشِهَا غَيْرُهَا مِنْ المَحَارِمِ التي فِي بَيْتِهَا) يَعْنِي فَلا يَصْلُحُ مُجَرَّدُ النَّوْمِ عَلى فِرَاشِهَا دَليلا شَرْعِيًّا فَكَانَ مُقَصِّرًا فَيَجِبُ الحَدُّ. وَإِنَّمَا قَال

(وَقَالتْ أَنَا زَوْجَتُك) لأنَّهَا إذَا أَجَابَتْ بِالفِعْل وَ لَمْ تَقُل ذَلكَ فَوَاقَعَهَا وَجَبَ عَلَيْهِ الحَدُّ كَذَا فِي الإِيضَاحِ

(وَمَن تَزَوَّجَ امرَأَةً لا يَحِلُ لهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا لا يَجِبُ عَليهِ الحَدُّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَلكِن يُوجَعُ عُقُوبَةً إذَا كَانَ عَلمَ بِذَلكَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: عَليهِ الحَدُّ إذَا كَانَ عَالِمًا بِذَلكَ؛ لأنَّهُ عَقدٌ لم يُصَادِف مَحَلهُ فَيَلغُو كمَا إذَا أُضِيفَ إلى الذُّكُورِ، وَهَذَا لأنَّ مَحَل التَّصَرُّفِ مَا يَكُونُ مَحَلًّا لحُكمِهِ، وَحُكمُهُ الحِلُّ وَهِيَ مِن المُحَرَّمَاتِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ العَقدَ صَادَفَ مَحَلهُ لأنَّ مَحَل التَّصَرُّفِ مَا يُقبَلُ مَقصُودُهُ، وَالأُنثَى مِن بَنَاتِ آدَمَ قَابِلَةٌ للتَّوَالُدِ وَهُوَ المَقصُودُ، وَكَانَ يَنبَغِي أَن يَنعَقِدَ فِي جَمِيعِ الأَحكَامِ إلا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَن إفَادَةِ حَقِيقَةِ الحِل فَيُورِثُ الشُّبهَةَ لأنَّ الشُّبهَةَ مَا يُشبِهُ الثَّابِتَ لا نَفسَ الثَّابِتِ، إلا أَنَّهُ ارتَكَبَ جَرِيمَةً وَليسَ فِيهَا حَدٌّ مُقدَّرٌ فَيُعَزَّرُ.

الشرح:

(وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا لا يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَلَكِنْ يُوجَعُ عُقُوبَةً إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ لأَنَّ هَذَا عَقْدٌ لَمْ يُصَادِفْ مَحَلهُ) وَكُلُّ عَقْد لَمْ يُصَادِفْ مَحَلهُ يَلغُو (كَمَا إِذَا أُضِيفَ إِلَى الذُّكُورِ) قَوْلُهُ (وَهَذَا لأَنَّ مَحَل التَّصَرُّف) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ عَقْدٌ لَمْ يُصَادِفْ مَحَلهُ لأَنَّ مَحَل التَّصَرُّفِ (مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ) وَهَذَا المَحَلُّ لَيْسَ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ (لأَنَّ حُكْمَهُ الحِلُّ وَهِيَ مِنْ المُحَرَّمَاتِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ العَقْدَ صَادَفَ مَحَلهُ لأَنَّ مَحَل التَّصَرُّف مَا يَكُونُ قَابِلا لِمَقْصُودِهِ) وَهُوَ التَّوَالُدُ هَاهُنَا (وَبَنَاتُ آدَمَ قَابِلَةٌ لِذَلِكَ) قَوْلُهُ وَهَذَا المَحَلُّ لَيْسَ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ.

قُلنَا: لَيْسَ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ أَصْلا أَوْ فِي وَقْت دُونَ وَقْت، وَالأَوَّلُ مَمْنُوعٌ لأَنَّهُ كَانَ مَحَلًّا لَهُ فِي شَرِيعَةِ مَنْ قَبْلَنَا. وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ، وَلَكِنْ كَوْنُهُ مَحَلًّا فِي الجُمْلَةِ لِمَ لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شُبْهَةً فِي دَرْءِ الحَدِّ فَإِنَّ الفِعْل لَمْ يَقَعْ زِنًا لا لُغَةً وَلا عُرْفًا، فَإِنَّ أَهْل اللُّغَةِ لا يَفْصِلُونَ بَيْنَ الزِّنَا وَغَيْرِهِ إلا بِالعَقْدِ وَالفَرْضُ وُجُودُهُ، وَأَوْلادُ أَهْل الذِّمَّةِ مِنْ مَحَارِمِهِمْ لا تُنْسَبُ إِلَى الزِّنَا فِي العُرْفِ وَهُمْ يُقَرُّونَ عَلَى نِكَاحِ المَحَارِمِ وَلا يُقَرُّونَ عَلَى الزِّنَا بَل يُحَدُّونَ عَلَيْهِ (وَ) إِذَا ثَبَتَ أَنَّ العَقْدَ صَادَفَ مَحَلهُ (كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَنْعَقِدَ فِي حَقِّ جَمِيعِ

الأَحْكَام إلا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ إفَادَة حَقيقَة الحل) بتَحْريم الشَّرْع في دينِنَا (فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ لأَنَّ الشُّبْهَةَ مَا يُشْبِهُ الثَّابِتَ وَلَيْس بِثَابِت إلا أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ).

(وَمَن وَطِئَ أَجنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الفَرجِ يُعَزَّرُ) لأَنَّهُ مُنكَرٌ ليس فِيهِ شَيءٌ مُقَدَّرٌ

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الفَرْجِ) أَيْ فِي غَيْرِ السَّبِيلَيْنِ كَالتَّفْخِيذِ وَالتَّبْطِينِ (عُزِّرَ لأَنَّهُ فِعْلٌ مُنْكَرٌ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ)

(وَمَن أَتَى امرَأَةً فِي المَوضِعِ المَكرُوهِ أَو عَمِلَ عَمَلَ قَومِ لُوطٍ فَلا حَدَّ عَلَيهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ، وَزَادَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُودَعُ فِي السِّجنِ، وَقَالا: هُوَ كَالزِّنَا فَيُحَدُّ) وَهُوَ أَحَدُ قَولَي الشَّافِعِيِّ، وَقَال فِي قَولٍ يُقتَلانِ بِكُلِّ حَالٍ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «اُقتُلُوا الفَاعِلَ وَالمَفعُولَ بِهِ»(١) وَيُروَى: «فَارجُمُوا الأَعلَى وَالأَسفَلَ»(٢) وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعنَى الزِّنَا لأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهوَةِ فِي مَحَلٍّ مُشتَهًى عَلَى سَبِيلِ الكَمَالِ عَلَى وَجهٍ تَمَحَّضَ حَرَامًا لِقَصدِ سَفحِ المَاءِ. وَلَهُ أَنَّهُ لَيسَ بِزِنًا لاختِلافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم فِي مُوجِبِهِ مِنَ الإِحرَاقِ بِالنَّارِ وَهَدمِ الجِدَارِ وَالتَّنكِيسِ مِن مَكَانٍ مُرتَفِعٍ بِاتِّبَاعِ الأَحجَارِ وَغَيرِ ذَلِكَ، وَلا هُوَ فِي مَعنَى الزِّنَا لأَنَّهُ لَيسَ فِيهِ إِضَاعَةُ الوَلَدِ وَاشتِبَاهُ الأَنسَابِ، وَكَذَا هُوَ أَندَرُ وُقُوعًا لانعِدَامِ الدَّاعِي مِن أَحَدِ الجَانِبَينِ وَالدَّاعِي إِلَى الزِّنَا مِنَ الجَانِبَينِ. وَمَا رَوَاهُ مَحمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ أَو عَلَى المُستَحِلِّ إِلا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عِندَهُ لِمَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً) قِيل يُرِيدُ أَجْنَبِيَّةً لأَنَّهُ إذَا أَتَى امْرَأَتَهُ أَوْ مَمْلُوكَتَهُ (فِي المَوْضِعِ المَكْرُوهِ) أَيْ الدُّبُرِ لا يُحَدُّ حَدَّ الزِّنَا عِنْدَهُمَا أَيْضًا وَإِنْ كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْه، وَبِه صَرَّحَ فِي الزِّيَادَات لأَنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَسْتَحِلُّهُ بِقَوْله تَعَالَى: ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ ﴾ [المعارج: ٣٠] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ مَحَلٍّ وَمَحَلٍّ (أَوْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٦٢)، والترمذي (١٤٥٦)، وابن ماجه (٢٥٦١) عن ابن عباس، وانظر نصب الراية (٣/٥١٦).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٥٦٢)، وانظر نصب الراية (٣/٥١٨).

لُوطٍ فَلا حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ. وَزَادَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَيُودَعُ فِي السِّجْنِ، وَقَالا: هُوَ كَالزِّنَا فَيُحَدُّ) حَدَّ الزِّنَا جَلدًا إنْ كَانَ غَيْرَ مُحْصَنٍ وَرَجْمًا إنْ كَانَ مُحْصَنًا (وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ. وَقَال فِي قَوْلٍ آخَرَ: يُقْتَلان بِكُل حَالٍ) أَيْ سَوَاءٌ كَانَا مُحْصَنَيْنِ أَوْ لَمْ يَكُونَا (لِقَوْلِهِ ﷺ: «**اُقْتُلُوا الفَاعِل وَالمَفْعُول**» وَيُرْوَى «فَارْجُمُوا الأَعْلَى وَالأَسْفَل» وَلَهُمَا أَنَّهُ) أَيْ اللوَاطَ (فِي مَعْنَى الزِّنَا) وَقِيل أَيْ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْ العَمَل فِي المَوْضِعِ المَكْرُوهِ وَفِعْل اللوَاطِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: إنَّهُمَا فِي مَعْنَى الزِّنَا (لأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ فِي مَحَلٍّ مُشْتَهًى عَلَى سَبِيل الكَمَال عَلَى وَجْهٍ تَمَحَّضَ حَرَامًا لِقَصْدِ سَفْحِ المَاءِ وَهُوَ مَنَاطُ الحَدِّ فِي الزِّنَا) فَيَلحَقُ بِهِ اللوَاطُ فِي الدَّلالةِ لا بِالقِيَاسِ، لأَنَّ القِيَاسَ لا يَدْخُلُ فِيمَا يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ (وَلَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِزِنًا لاخْتِلافِ الصَّحَابَةِ فِي مُوجِبِهِ مِنْ الإِحْرَاقِ بِالنَّارِ وَهَدْمِ الجِدَارِ عَلَيْهِ وَالتَّنْكِيسِ مِنْ مَكَان مُرْتَفِعٍ بِإِتْبَاعِ الأَحْجَارِ وَغَيْرِ ذَلِكَ) مِنْ الحَبْسِ فِي أَنْتَنِ المَوَاضِعِ حَتَّى يَمُوتَا وَلَمْ يَخْتَلِفُوا فِي مُوجَبِ الزِّنَا فَدَل عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِزِنًا (وَلا هُوَ فِي مَعْنَى الزِّنَا لأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إضَاعَةُ الوَلَدِ وَاشْتِبَاهُ الأَنْسَابِ) بِخِلافِ الزِّنَا (وَكَذَا هُوَ أَنْدَرُ وُقُوعًا) مِنْ الزِّنَا (لانْعِدَامِ الدَّاعِي فِي أَحَدِ الجَانِبَيْنِ) يَعْنِي عَلَى مَا هُوَ الجِبلةُ السَّلِيمَةُ (وَالدَّاعِي إلى الزِّنَا مِنْ الجَانِبَيْنِ) وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ لا يُلحَقُ بِهِ دَلالةً فَبَقِيَ القِيَاسُ وَالقِيَاسُ فِي مِثْلِهِ بَاطِلٌ (وَمَا رَوَاهُ) مِنْ قَتْلِهِمَا أَوْ رَجْمِهِمَا (مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ أَوْ عَلَى المُسْتَحِل لِلكُفْرِ بِذَلِكَ (إلا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ.

قَال فِي الزِّيَادَاتِ: وَالرَّأْيُ فِيهِ إلى الإِمَامِ إنْ شَاءَ قَتَلهُ إنْ اعْتَادَ ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ ضَرَبَهُ وَحَبَسَهُ؛ فَقَوْلُهُ إلا أَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلا هُوَ فِي مَعْنَى الزِّنَا.

(وَمَن وَطِئَ بَهِيمَةً لا حَدَّ عَليهِ) لأَنَّهُ ليسَ فِي مَعنَى الزِّنَا فِي كَونِهِ جِنَايَةً وَفِي وُجُودِ الدَّاعِي لأَنَّ الطَّبعَ السَّلِيمَ يَنفرُ عَنهُ وَالحَامِلُ عَليهِ نِهَايَةُ السَّفَهِ أَو فَرطُ الشَّبَقِ وَلِهَذَا لا يَجِبُ سَترُهُ إلا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَالذِي يُروَى أَنَّهُ تُذبَحُ البَهِيمَةُ[1] وَتُحرَقُ فَذَلكَ لِقَطعِ التَّحَدُّثِ بِهِ وَليسَ بِوَاجِبٍ.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٢٠): غريب بهذا اللفظ.

الشرح:

وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً فَلا حَدَّ عَلَيْهِ لأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الزِّنَا فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً) إِذْ لَيْسَ فِيهِ تَضْيِيعُ الوَلَدِ وَلا إِفْسَادُ الفِرَاشِ (وَ) لا (فِي وُجُودِ الدَّاعِي لأَنَّ الطَّبْعَ السَّلِيمَ يَنْفِرُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا يَحْمِلُهُ عَلَى ذَلِكَ نِهَايَةُ السَّفَهِ أَوْ فَرْطُ الشَّبَقِ وَلِهَذَا لا يَجِبُ سَتْرُهُ) أَيْ سَتْرُ فَرْجِ البَهِيمَةِ، وَإِنَّمَا أُضْمِرَ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَسْبِقْ ذِكْرُهُ لأَنَّ ذِكْرَ البَهِيمَةِ يَسْتَلْزِمُهُ فَكَانَ مَرْجِعُهُ حُكْمِيًّا (إِلا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ، وَمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**مَنْ أَتَى بَهِيمَةً فَاقْتُلُوهُ**» شَاذٌّ لا يُعْمَلُ بِهِ، وَلَوْ ثَبَتَ فَتَأْوِيلُهُ مُسْتَحِلٌّ ذَلِكَ الفِعْلِ (وَالَّذِي يُرْوَى أَنْ تُذْبَحَ البَهِيمَةُ) وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أَنَّهُ أُتِيَ بِرَجُلٍ أَتَى بَهِيمَةً فَأَمَرَ بِالبَهِيمَةِ فَذُبِحَتْ وَأُحْرِقَتْ بِالنَّارِ (فَذَلِكَ لِقَطْعِ التَّحَدُّثِ بِهِ) كَيْ لا يُعَيَّرَ بِهَا الرَّجُلُ إِذَا كَانَتْ البَهِيمَةُ بَاقِيَةً (لا أَنَّهُ وَاجِبٌ)

(وَمَن زَنَى فِي دَارِ الحَربِ أَو فِي دَارِ البَغيِ ثُمَّ خَرَجَ إِلينَا لا يُقَامُ عَليهِ الحَدُّ). وَعِندَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ يُحَدُّ لأَنَّهُ التَزَمَ بِإِسلامِهِ أَحكَامَهُ أَينَمَا كَانَ مَقَامُهُ. وَلَنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا تُقَامُ الحُدُودُ فِي دَارِ الحَربِ»[1] وَلأَنَّ المَقصُودَ هُوَ الانزِجَارُ وَوِلايَةُ الإِمَامِ مُنقَطِعَةٌ فِيهِمَا فَيُعَرَّى الوُجُوبُ عَنِ الفَائِدَةِ، وَلا تُقَامُ بَعدَ مَا خَرَجَ لأَنَّهَا لم تَنعَقِد مُوجِبَةً فَلا تَنقَلِبُ مُوجِبَةً.

الشرح:

قَال (وَمَنْ زَنَى فِي دَارِ الحَرْبِ أَوْ فِي دَارِ البَغْيِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا) وَأَقَرَّ عِنْدَ الإِمَامِ بِالزِّنَا (لا يُقَامُ عَلَيْهِ الحَدُّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُحَدُّ لأَنَّهُ التَزَمَ بِإِسْلامِهِ أَحْكَامَهُ أَيْنَمَا كَانَ مُقَامُهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «**لا تُقَامُ الحُدُودُ فِي دَارِ الحَرْبِ**»). وَوَجْهُ التَّمَسُّكِ بِهِ أَنَّهُ ﷺ لَمْ يُرِدْ بِهِ حَقِيقَةَ عَدَمِ الإِقَامَةِ حِسًّا لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَعْرِفُ أَنَّهُ لا يُمْكِنُ إِقَامَةُ الحَدِّ فِي دَارِ الحَرْبِ لانْقِطَاعِ وِلايَةِ الإِمَامِ عَنْهَا فَكَانَ المُرَادُ بِعَدَمِ الإِقَامَةِ عَدَمَ وُجُوبِ الحَدِّ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الحَدِيثُ مُعَارَضٌ بِقَوْلِهِ: ﴿فَٱجْلِدُواْ﴾ فَلا يُقْبَلُ. أُجِيبَ بِأَنَّ مَوَاضِعَ الشُّبْهَةِ خُصَّتْ مِنْ ذَلِكَ فَيَجُوزُ التَّخْصِيصُ بَعْدَ ذَلِكَ بِخَبَرِ الوَاحِدِ وَالقِيَاسِ لأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ حُجَّةً قَطْعِيَّةً عَلَى هَذَا أَطْبَقَ الشَّارِحُونَ، وَفِيهِ نَظَرٌ يُعْرَفُ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٢١): غريب.

بِاسْتِحْضَارِ قَوَاعِدِ الأُصُولِ.

وَهُوَ أَنَّ التَّخْصِيصَ بِهِمَا إِنَّمَا يَصِحُّ بَعْدَ التَّخْصِيصِ بِلَفْظٍ مُقَارِنٍ وَلَيْسَ فِي الآيَةِ بِمَوْجُودٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ حَصَلَ التَّخْصِيصُ بِلَفْظٍ مُقَارِنٍ وَهُوَ قَوْلُه تَعَالَى: ﴿كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا﴾ فَإِنَّ الضَّمِيرَ رَاجِعٌ إلى الزَّانِي وَالزَّانِيَةِ. وَالزِّنَا وَطْءُ الرَّجُلِ المَرْأَةَ فِي القُبُلِ فِي غَيْرِ المِلكِ وَشُبْهَتِه كَمَا تَقَدَّمَ فَخَرَجَ مِنْهُ مَنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلا. وَإِذَا خَصَّ مُقَارَنًا جَازَ التَّخْصِيصُ بَعْدَهُ بِخَبَرِ الوَاحِدِ وَالقِيَاسِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الانْزِجَارُ) يَعْنِي أَنَّ وُجُوبَ الحَدِّ لَيْسَ لِعَيْنِه وَإِنَّمَا هُوَ لِلانْزِجَارِ، وَالانْزِجَارُ يَحْصُلُ بِالاسْتِيفَاءِ، وَالاسْتِيفَاءُ مُتَعَذِّرٌ لانْقِطَاعِ وِلايَةِ الإِمَامِ. فَلَوْ وَجَبَ الحَدُّ لعَرَى عَنْ الفَائِدَةِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ، وَإِذَا لَمْ يَنْعَقِدْ مُوجِبًا لا يُقَامُ بَعْدَمَا خَرَجَ لِئَلا يَقَعَ الحُكْمُ بِغَيْرِ سَبَبٍ، وَأَنَّثَ الضَّمِيرَ فِي قَوْلِه لأَنَّهَا لَمْ تَنْعَقِدْ بِتَأْوِيلِ الفَاحِشَةِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً﴾ [الإسراء: ٣٢] أَوْ بِتَأْوِيلِ الوَطْأَةِ

وَلو غزَا مَن لهُ وِلايَةُ الإِقَامَةِ بِنَفسِهِ كَالخَلِيفَةِ وَأَمِيرِ مِصرَ يُقِيمُ الحَدَّ عَلى مَن زَنَى فِي مُعَسكَرِهِ لأَنَّهُ تَحتَ يَدِهِ، بِخِلافِ أَمِيرِ العَسكَرِ وَالسَّرِيَّةِ لأَنَّهُ لم تُفَوَّض إليهِمَا الإِقَامَةُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلوْ غزَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي مُعَسْكَرِه) إِشَارَةٌ إلى أَنَّهُ لوْ خَرَجَ مِنْ مُعَسْكَرِه وَدَخَلَ دَارَ الحَرْبِ وَزَنَى فِيهَا ثُمَّ خَرَجَ لا يُقَامُ عَلَيْه الحَدُّ (وَالسَّرِيَّةُ) قِيلَ هُمْ الذِينَ يَسِيرُونَ بِاللَيْلِ وَيَخْتَفُونَ بِالنَّهَارِ، وَمِنْهُ «خَيْرُ السَّرَايَا أَرْبَعُمائَة».

(وَإِذَا دَخَلَ حَرَبِيٌّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَزَنَى بِذِمِّيَّةٍ أَو زَنَى ذِمِّيٌّ بِحَرَبِيَّةٍ يُحَدُّ الذِّمِّيُّ وَالذِّمِّيَّةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلا يُحَدُّ الحَرَبِيُّ وَالحَرَبِيَّةُ وَهُوَ قَولُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي الذِّمِّيِّ) يَعنِي إذَا زَنَى بِحَرَبِيَّةٍ، فَأَمَّا إذَا زَنَى الحَرَبِيُّ بِذِمِّيَّةٍ لا يُحَدَّانِ عِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَوَّلا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يُحَدُّونَ كُلُّهُم) وَهُوَ قَولُهُ الآخَرُ. لأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المُستَأمَنَ التَزَمَ أَحكَامَنَا مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي دَارِنَا فِي المُعَامَلاتِ، كَمَا أَنَّ الذِّمِّيَّ التَزَمَهَا مُدَّةَ عُمُرِهِ وَلِهَذَا يُحَدُّ حَدَّ القَذفِ وَيُقتَلُ قِصَاصًا، بِخِلافِ حَدِّ الشُّربِ لأَنَّهُ يَعتَقِدُ إِبَاحَتَهُ.

وَلهُمَا أَنَّهُ مَا دَخَل للقرَارِ بَل لحَاجَةٍ كَالتِّجَارَةِ وَنَحوهَا فَلم يَصِر مِن أَهل دَارِنَا وَلهَذَا يُمَكَّنُ مِن الرُّجُوعِ إلى دَارِ الحَربِ وَلا يُقتَلُ المُسلمُ وَلا الذِّمِّيُّ بِهِ، وَإِنَّمَا التَزَمَ مِن الحُكمِ مَا يَرجِعُ إلى تَحصِيل مَقصُودِهِ وَهُوَ حُقُوقُ العِبَادِ؛ لأَنَّهُ لَمَّا طَمِعَ فِي الإِنصَافِ يَلتَزِم الانتِصَافَ، وَالقِصَاصُ وَحَدُّ القَذفِ مِن حُقُوقِهِم، أَمَّا حَدُّ الزِّنَا فَمَحضُ حَقِّ الشَّرعِ. وَلمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ الفَرقُ أَنَّ الأَصل فِي بَابِ الزِّنَا فِعلُ الرَّجُل وَالمَرأَةِ تَابِعَةٌ لهُ عَلى مَا نَذكُرُهُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى. فَامتِنَاعُ الحَدِّ فِي حَقِّ الأَصل يُوجِبُ امتِنَاعَهُ فِي حَقِّ التَّبَعِ، أَمَّا الامتِنَاعُ فِي حَقِّ التَّبَعِ لا يُوجِبُ الامتِنَاعَ فِي حَقِّ الأَصل. نَظِيرُهُ إذَا زَنَى البَالغُ بِصَبِيَّةٍ أَو مَجنُونَةٍ وَتَمكِينُ البَالغَةِ مِن الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِيهِ أَنَّ فِعل الحَربِيِّ المُستَأمَنِ زِنًا لأَنَّهُ مُخَاطَبٌ بِالحُرُمَاتِ عَلى مَا هُوَ الصَّحِيحُ وَإِن لم يَكُن مُخَاطَبًا بِالشَّرَائِعِ عَلى أَصلنَا وَالتَّمكِينُ مِن فِعلٍ هُوَ زِنًا مُوجِبٌ للحَدِّ عَليهَا، بِخِلافِ الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ لأَنَّهُمَا لا يُخَاطَبَانِ، وَنَظِيرُ هَذَا الاختِلافِ إذَا زَنَى المُكرَهُ بِالمُطَاوِعَةِ تُحَدُّ المُطَاوِعَةُ عِندَهُ، وَعِندَ مُحَمَّدٍ رَحمَةُ اللهِ تَعَالى عَليهِ لا تُحَدُّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَل حَرْبِيٌّ دَارَنَا بِأَمَانٍ) حَاصِلُ اخْتِلاف أَصْحَابِنَا فِي هَذِه المَسْأَلة شُمُولُ الوُجُوب فِي الذِّمِّيِّ وَالذِّمِّيَّة وَشُمُولُ العَدَمِ فِي الحَرْبِيِّ وَالحَرْبِيَّة عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهَذَا الشُّمُولُ لا يَتَغَيَّرُ بِمُغَايَرَة أَحَد الطَّرَفَيْنِ للآخَرِ بِكَوْنه حَرْبِيًّا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى. وَعِنْدَ مُحَمَّد عَدَمُ التَّغَيُّر ثَابِتٌ فِي جَانِب الحَرْبِيِّ وَالحَرْبِيَّة. وَأَمَّا فِي جَانِب الذِّمِّيِّ فَيَتَفَاوَتُ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالأُنْثَى فِيمَا إذَا اخْتَلفَ حَالُهُمَا حَيْثُ يُحَدُّ الذِّمِّيُّ وَلا تُحَدُّ الحَرْبِيَّةُ، وَفِي العَكْسِ لا يُحَدَّان وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَوَّلا، وَقَال آخرًا بِشُمُول الوُجُوب فِي الأَنْوَاعِ كُلها (لهُ أَنَّ المُسْتَأْمَنَ التَزَمَ أَحْكَامَنَا مُدَّةَ مُقَامه فِي دَارِنَا كَمَا أَنَّ الذِّمِّيَّ التزَمَهَا مُدَّةَ عُمرِه) وَمَنْ التَزَمَ أَحْكَامَنَا تَنْفُذُ عَلَيْه كَالمُسْلمِ وَالذِّمِّيِّ (وَلهَذَا يُحَدُّ حَدَّ القَذْف وَيُقْتَلُ قصَاصًا).

فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ كَذَلكَ لأُقِيمَ عَلَيْه حَدُّ الشُّرْب لأَنَّهُ مِنْ أَحْكَامنَا. أَجَابَ بِقَوْله (بخلاف حَدِّ الشُّرْب لأَنَّهُ يَعْتَقدُ إبَاحَتَهُ) فَإِنْ قُلت: فَهُوَ يَعْتَقدُ إبَاحَةَ قَتْل المُسْلمِ وَقَذْفه فَيَنْبَغِي أَنْ لا يُقْتَصَّ مِنْهُ وَلا يُحَدُّ لقَذْفه.

قُلت: المَعْنَى باعْتِقَادِ الإِبَاحَةِ هُوَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ دِيْنًا، وَقَتْلُ النَّفْسِ وَالقَذْفِ حَرَامٌ فِي دِينِهِمْ، فَإِبَاحَتُهُمْ ذَلِكَ لَيْسَتْ بِدَيْنٍ، وَإِنَّمَا هُوَ هَوًى وَتَعَصُّبٌ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّ التِزَامَ الأَحْكَامِ إِنَّمَا هُوَ بِالتِزَامِ القَرَارِ فِي الدَّارِ، لأَنَّ الاتِّصَافَ بِكَوْنِهِ مِنْ دَارِنَا إِنَّمَا يَكُونُ بِذَلِكَ، وَالحَرْبِيُّ مَا التَزَمَ ذَلِكَ لأَنَّهُ دَخَلَ لِحَاجَةٍ كَالتِّجَارَةِ وَنَحْوِهَا فَلَمْ يَصِرْ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، وَلِهَذَا يُمَكَّنُ مِنْ الرُّجُوعِ إِلَى دَارِ الحَرْبِ، وَلا يُقْتَلُ المُسْلِمُ وَلا الذِّمِّيُّ بِهِ) وَإِذَا لَمْ يَصِرْ مِنْ دَارِنَا وَكَانَ دُخُولُهُ لِحَاجَةٍ (كَانَ مُلتَزِمًا مِنْ الأَحْكَامِ مَا يَرْجِعُ إِلَى تَحْصِيلِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ حُقُوقُ العِبَادِ) لأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَدْخُلْ إِلا طَامِعًا فِي الإِنْصَافِ: أَيْ العَدْلِ لأَجْلِهِ عَلَى غَيْرِهِ (يَلتَزِمُ الانْتِصَافَ) أَيْ العَدْلَ لِغَيْرِهِ عَلَيْهِ لأَنَّ الغُرْمَ بِإِزَاءِ الغُنْمِ. (وَالقِصَاصُ وَحَدُّ القَذْفِ مِنْ حُقُوقِ العِبَادِ) فَكَانَ دَاخِلا فِي الانْتِصَافِ (وَأَمَّا حَدُّ الزِّنَا فَمَحْضُ حَقِّ الشَّرْعِ) فَلا يَكُونُ دَاخِلا فِيهِ، فَلَمَّا فَرَغَا مِنْ الجَوَابِ عَنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ شَرَعَ كُلٌّ مِنْهُمَا فِي إِثْبَاتِ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ (الأَصْلُ فِي بَابِ الزِّنَا فِعْلُ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةُ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَى مَا يَأْتِي؛ فَامْتِنَاعُ الحَدِّ فِي حَقِّ الأَصْلِ) فِيمَا إِذَا **زَنَى الحَرْبِيُّ بِذِمِّيَّةٍ** (يُوجِبُ امْتِنَاعَهُ فِي حَقِّ التَّبَعِ) وَإِلا لا يَكُونُ تَبَعًا فَكَانَ خَلَفًا.

(وَأَمَّا الامْتِنَاعُ فِي حَقِّ التَّبَعِ) فِيمَا إِذَا **زَنَى الذِّمِّيُّ بِحَرْبِيَّةٍ** (فَلا يُوجِبُ امْتِنَاعَهُ فِي حَقِّ الأَصْلِ) وَإِلا لَكَانَ مُسْتَتْبَعًا فَكَانَ أَصْلا، وَالفَرْضُ أَنَّهُ تَبَعٌ وَذَلِكَ خَلَفٌ بَاطِلٌ (نَظِيرُ ذَلِكَ إِذَا **زَنَى البَالِغُ بِصَبِيَّةٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ**) فَإِنَّهُ يُحَدُّ البَالِغُ دُونَهُمَا لأَنَّ الامْتِنَاعَ فِي حَقِّ التَّبَعِ لا يَسْتَلزِمُهُ فِي حَقِّ الأَصْلِ (وَتَمْكِينُ البَالِغَةِ مِنْ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ) فَإِنَّهُ لا يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهِمَا؛ لأَنَّ الامْتِنَاعَ فِي حَقِّ الأَصْلِ يَسْتَلزِمُهُ فِي حَقِّ التَّبَعِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ فِعْلَ الحَرْبِيِّ المُسْتَأْمَنِ زِنًا حَقِيقَةً لأَنَّهُ مُخَاطَبٌ بِالحُرُمَاتِ عَلَى مَا هُوَ الصَّحِيحُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا بِالشَّرَائِعِ عَلَى أَصْلِنَا) وَلِهَذَا لَوْ قَذَفَهُ قَاذِفٌ بِهِ بَعْدَ الإِسْلامِ لَمْ يَلزَمْهُ الحَدُّ، إِلا أَنَّهُ لا يُقَامُ عَلَيْهِ الحَدُّ لِوُجُوبِ تَبْلِيغِهِ مَأْمَنَهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ ﴾ [التوبة: ٦] وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ تَمْكِينُ المَرْأَةِ مِنْهُ زِنًا لأَنَّ التَّمْكِينَ مِنْ فِعْلِ الزِّنَا زِنًا يُوجِبُ الحَدَّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ ﴾ [النور: ٢] فَيَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهَا لِوُجُودِ المُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ المَانِعِ، بِخِلافِ الحَرْبِيِّ لِتَحَقُّقِ المَانِعِ وَهُوَ تَبْلِيغُهُ مَأْمَنَهُ، وَالمُرَادُ بِالحُرُمَاتِ تَرْكُ

الامْتِثَال بِالأَوَامِرِ وَالانْتِهَاءِ عَنْ النَّوَاهِي، فَإِنَّ الكُفَّارَ مُخَاطَبُونَ بِالعِبَادَاتِ مِنْ حَيْثُ التَّرْكُ تَضْعِيفًا لِلعَذَابِ عَلَيْهِمْ.

(قَوْلُهُ عَلى مَا هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ بَعْضِ مَشَايِخِنَا العِرَاقِيِّينَ فَإِنَّهُمْ قَالُوا بِكَوْنِهِمْ مُخَاطَبِينَ بِالشَّرَائِعِ كُلِّهَا بِالعِبَادَاتِ وَالحُرُمَاتِ وَالمُعَامَلاتِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا بِالشَّرَائِعِ عَلَى أَصْلِنَا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِ بَعْضِ أَصْحَابِنَا فَإِنَّهُمْ قَالُوا الكُفَّارُ غَيْرُ مُخَاطَبِينَ بِالشَّرَائِعِ. قَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ: وَمَشَايِخُ دِيَارِنَا يَقُولُونَ: إِنَّهُمْ لا يُخَاطَبُونَ بِأَدَاءِ مَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ مِنْ العِبَادَاتِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ) جَوَابٌ عَنْ مُسْتَشْهَدِ مُحَمَّدٍ عَلَى أَنَّ سُقُوطَ الحَدِّ مِنْ الأَصْلِ يُوجِبُ السُّقُوطَ مِنْ التَّبَعِ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا لَيْسَ نَظِيرَ مَا نَحْنُ فِيهِ لأَنَّ الصَّبِيَّ وَالمَجْنُونَ لا يُخَاطَبَانِ فَلا يَكُونُ فِعْلُهُمَا زِنًا، وَالتَّمْكِينُ مِنْ غَيْرِ الزِّنَا لَيْسَ بِزِنًا فَلا يُوجِبُ الحَدَّ، وَالحَرْبِيُّ مُخَاطَبٌ فَفِعْلُهُ زِنًا، وَالتَّمْكِينُ مِنْ الزِّنَا زِنًا يُوجِبُ الحَدَّ (وَنَظِيرُ هَذَا الاخْتِلافِ إِذَا زَنَى المُكْرَهُ بِالمُطَاوِعَةِ تُحَدُّ المُطَاوِعَةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لا تُحَدُّ).

قَالَ (وَإِذَا زَنَى الصَّبِيُّ أَو المَجنُونُ بِامرَأَةٍ طَاوَعَتهُ فَلا حَدَّ عَلَيهِ وَلا عَلَيهَا). وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالى: يَجِبُ الحَدُّ عَلَيهَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحمَةُ اللهِ تَعَالى عَلَيهِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا زَنَى الصَّبِيُّ أَوْ المَجْنُونُ) صُورَةُ هَذِهِ المَسْأَلةِ ظَاهِرَةٌ، وَوَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ قِيَاسُ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ بِالآخَرِ

(وَإِن زَنَى صَحِيحٌ بِمَجنُونَةٍ أَو صَغِيرَةٍ يُجَامَعُ مِثلُهَا حُدَّ الرَّجُلُ خَاصَّةً) وَهَذَا بِالإِجمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ العُذرَ مِن جَانِبِهَا لا يُوجِبُ سُقُوطَ الحَدِّ مِن جَانِبِهِ فَكَذَا العُذرُ مِن جَانِبِهِ، وَهَذَا لأَنَّ كُلًّا مِنهُمَا مُؤَاخَذٌ بِفِعلِهِ. وَلَنَا أَنَّ فِعلَ الزِّنَا يَتَحَقَّقُ مِنهُ، وَإِنَّمَا هِيَ مَحَلُّ الفِعلِ وَلِهَذَا يُسَمَّى هُوَ وَاطِئًا وَزَانِيًا وَالمَرأَةُ مَوطُوءَةً وَمَزنِيًّا بِهَا، إِلا أَنَّهَا سُمِّيَت زَانِيَةً مَجَازًا تَسمِيَةً لِلمَفعُولِ بِاسمِ الفَاعِلِ كَالرَّاضِيَةِ فِي مَعنَى المَرضِيَّةِ، أَو لِكَونِهَا مُسَبِّبَةً بِالتَّمكِينِ فَتَعَلَّقَ الحَدُّ فِي حَقِّهَا بِالتَّمكِينِ مِن قَبِيحِ الزِّنَا وَهُوَ فِعلُ مَن هُوَ مُخَاطَبٌ بِالكَفِّ

عَنهُ وَمُؤتَمٌّ عَلى مُبَاشَرَتِه، وَفِعلُ الصَّبِيِّ ليسَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَلا يُنَاطُ بِهِ الحَدُّ.

الشرح:

قَالا: (العُذْرُ مِنْ جَانِبِهَا) كَمَا فِي صُورَةِ الإِجْمَاعِ (لا يُوجِبُ سُقُوطَ الحَدِّ مِنْ جَانِبِه فَكَذَا العُذْرُ مِنْ جَانِبِه) وَهُوَ فِي الصُّورَةِ المُخْتَلَف فِيهَا لا يُوجِبُ سُقُوطَهُ مِنْ جَانِبِهَا، وَالجَامِعُ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُؤَاخَذٌ بِفِعْلِه، وَدَلِيلُنَا ظَاهِرٌ مِمَّا ذَكَرْنَا آنِفًا لِمُحَمَّدٍ فَلا حَاجَةَ إِلى التَّكْرَارِ.

وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدِهِمَا أَنَّ **غَيْرَ المُحْصَنِ إِذَا زَنَى بِالمُحْصَنَةِ** يَجِبُ الرَّجْمُ عَلَيْهَا، وَإِنْ لَمْ يَجِبْ عَلَى الرَّجُلِ فَعَدَمُ الرَّجْمِ عَلَى الأَصْلِ لا يُوجِبُ عَدَمَهُ عَلَى التَّبَعِ فَلْيَكُنْ نَفْسُ الحَدِّ كَذَلِكَ. وَالثَّانِي أَنَّ **الصَّبِيَّ أَوْ المَجْنُونَ إِذَا زَنَى بِالمُطَاوِعَةِ** يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ المَهْرُ عَلَيْهِ لأَنَّ الوَطْءَ لا يَخْلُو عَنْ أَحَدِ المُوجِبَيْنِ: إِمَّا الحَدُّ أَوْ المَهْرُ. وَقَدْ أَوْرَدَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّهُ لا يَجِبُ عَلَيْهِ المَهْرُ فِيمَا إِذَا طَاوَعَتْهُ المَرْأَةُ. وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّهُ لا يَلْزَمُ مِنْ إِحْصَانِ الزَّانِي إِحْصَانُ الزَّانِيَةِ لأَنَّ الإِحْصَانَ مَوْقُوفٌ عَلَى شَرَائِطَ أُخَرَ، وَيَلْزَمُ مِنْ تَحْقِيقِ فِعْلِ الزِّنَا مِنْهُ تَحْقِيقُهُ مِنْهَا بِسَبَبِ التَّمْكِينِ لأَنَّ تَمْكِينَهَا سَبَبٌ لِفِعْلِ الرَّجُلِ فَيُقَامُ السَّبَبُ مَقَامَ المُسَبَّبِ فِي حَقِّهَا. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّا لَوْ أَوْجَبْنَا المَهْرَ عَلَى الصَّبِيِّ فِيمَا إِذَا طَاوَعَتْهُ لَخَلا الإِيجَابُ عَنْ الفَائِدَةِ، لأَنَّ لِوَلِيِّ الصَّبِيِّ الرُّجُوعَ عَلَيْهَا فِي الحَالِ بِمِثْلِ ذَلِكَ لأَنَّهَا لَمَّا طَاوَعَتْهُ صَارَتْ آمِرَةً لِلصَّبِيِّ بِالزِّنَا مَعَهَا وَقَدْ لَحِقَهُ بِذَلِكَ غُرْمٌ، وَصَحَّ الأَمْرُ مِنْ المَرْأَةِ لأَنَّ لَهَا وِلايَةً عَلَى نَفْسِهَا فَلا يُفِيدُ الإِيجَابَ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُكْرَهَةً أَوْ صَبِيَّةً فَإِنَّ المُكْرَهَةَ لَيْسَتْ بِآمِرَةٍ وَالصَّبِيَّةَ لا يَصِحُّ أَمْرُهَا لِعَدَمِ وِلايَتِهَا عَلَى نَفْسِهَا فَكَانَتْ بِمَنْزِلَةِ المُكْرَهَةِ، فَإِيجَابُ المَهْرِ كَانَ مُفِيدًا ثَمَّةَ، إِذْ لَيْسَ لِوَلِيِّ الصَّبِيِّ حِينَئِذٍ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهَا بِمِثْلِ ذَلِكَ.

قَالَ (وَمَن أَكرَهَهُ السُّلطَانُ حَتَّى زَنَى فَلا حَدَّ عَليهِ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ أَوَّلا يُحَدُّ، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ لأَنَّ الزِّنَا مِن الرَّجُل لا يُتَصَوَّرُ إِلا بَعدَ انتِشَارِ الآلَةِ وَذَلِكَ دَليلُ الطَّوَاعِيَةِ. ثُمَّ رَجَعَ عَنهُ فَقَالَ: لا حَدَّ عَليهِ لأَنَّ سَبَبَهُ المُلجِئَ قَائِمٌ ظَاهِرًا، وَالانتِشَارُ دَليلٌ مُتَرَدِّدٌ لأَنَّهُ قَد يَكُونُ غَيرَ قَصدٍ لأَنَّ الانتِشَارَ قَد يَكُونُ طَبعًا لا طَوعًا كَمَا فِي النَّائِمِ فَأَورَثَ شُبهَةً، وَإِن أَكرَهَهُ غَيرُ السُّلطَانِ حُدَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: لا يُحَدُّ

لأنَّ الإكرَاهَ عِندَهُمَا قَد يَتَحَقَّقُ مِن غَيرِ السُّلطَانِ؛ لأنَّ المُؤَثِّرَ خَوفُ الهَلاكِ وَأنَّهُ يَتَحقَّقُ مِن غَيرِهِ. وَلهُ أنَّ الإكرَاهَ مِن غَيرِهِ لا يَدُومُ إلا نَادِرًا لتَمَكُّنِهِ مِن الاستِعَانَةِ بِالسُّلطَانِ أو بِجَمَاعَةِ المُسلمِينَ، وَيُمكِنُهُ دَفعُهُ بِنَفسِهِ بِالسِّلاحِ، وَالنَّادِرُ لا حُكمَ لهُ فَلا يَسقُطُ بِهِ الحَدُّ، بِخِلافِ السُّلطَانِ لأنَّهُ لا يُمكِنُهُ الاستِعَانَةُ بِغَيرِهِ وَلا الخُرُوجُ بِالسِّلاحِ عَليهِ فَافتَرَقَا

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَكْرَهَهُ السُّلطَانُ إلخ) ظَاهِرٌ.

(وَمَن أقَرَّ أربَعَ مَرَّاتٍ فِي مَجَالسَ مُختَلفَةٍ أنَّهُ زَنَى بِفُلانَةَ وَقَالت هِيَ: تَزَوَّجَنِي أو أقَرَّت بِالزِّنَا وَقَال الرَّجُلُ تَزَوَّجتها فَلا حَدَّ عَليهِ وَعَليهِ المَهرُ فِي ذَلكَ) لأنَّ دَعوَى النِّكَاحِ يَحتَمِلُ الصِّدقَ وَهُوَ يَقُومُ بِالطَّرَفَينِ فَأَورَثَ شُبهَةً، وَإِذَا سَقَطَ الحَدُّ وَجَبَ المَهرُ تَعظِيمًا لخَطَرِ البُضعِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَعَليْهِ المَهْرُ فِي ذَلكَ) يَعْنِي فِي كلتَا الصُّورَتَيْنِ: **دَعْوَى الرَّجُل النِّكَاحَ وَدَعْوَاهُ المَرْأَةَ.** فَإِنْ قِيل: يَنْبَغِي أَنْ لا يَجبَ المَهْرُ فِيمَا إذَا أَقَرَّتْ المَرْأَةُ بالزِّنَا لأَنَّهَا تَنْفِي وُجُوبَ المَهْرِ فَكَيْفَ وَجَبَ لَهَا المَهْرُ وَهِيَ مُنْكِرَةٌ للنِّكَاحِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ النِّكَاحَ يَقُومُ بالطَّرَفَيْنِ وَالزَّوْجُ يَدَّعِي النِّكَاحَ فَبدَعْوَاهُ النِّكَاحَ انْتَفَى الحَدُّ عَنْهُ فِي هَذَا الوَطْءِ لأَنَّهُ فِي دَعْوَاهُ إمَّا أَنْ يَكُونَ مُصَدَّقًا أَوْ مُكَذَّبًا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّل أَثْبَتَ النِّكَاحَ حَقِيقَةً، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَاحْتِمَالُ الصِّدْق قَائمٌ لا مَحَالةَ، وَالاحْتِمَالُ فِي بَاب الحُدُود مُلحَقٌ باليَقِين احْتِيَالا للدَّرْءِ فَيَسْقُطُ الحَدُّ، وَسُقُوطُهُ يَسْتَلزِمُ وُجُوبَ المَهْرِ لأَنَّ الوَطْءَ لا يَخْلُو عَنْ غَرَامَةٍ أَوْ عُقُوبَةٍ، فَإِذَا تَحَقَّقَ المَلزُومُ بِدُونِ اخْتِيَارِهَا تَحَقَّقَ اللازِمُ كَذَلكَ فَيَثْبُتُ لَهَا المَهْرُ وَإِنْ رَدَّتْهُ.

(وَمَن زَنَى بِجَارِيَةٍ فَقَتَلَها فَإنَّهُ يُحَدُّ وَعَليهِ القِيمَةُ) مَعنَاهُ: قَتَلهَا بِفِعل الزِّنَا لأنَّهُ جَنَى جِنَايَتَينِ فَيُوَفَّرُ عَلى كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا حُكمَهُ. وَعَن أبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أنَّهُ لا يُحَدُّ لأنَّ تَقَرُّرَ ضَمَانِ القِيمَةِ سَبَبٌ لمِلكِ الأمَةِ فَصَارَ كَمَا إذَا اشتَرَاهَا بَعدَ مَا زَنَى بِهَا وَهُوَ عَلى هَذَا الاختِلافِ، وَاعتِرَاضُ سَبَبِ المِلكِ قَبل إقَامَةِ الحَدِّ يُوجِبُ سُقُوطَهُ، كَمَا إذَا مَلكَ المَسرُوقَ قَبل القَطعِ. وَلهُمَا أنَّهُ ضَمَانُ قَتلٍ فَلا يُوجِبُ المِلكَ لأنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ، وَلو كَانَ

يُوجِبُهُ فَإِنَّمَا يُوجِبُهُ فِي العَيْنِ كَمَا فِي هِبَةِ المَسْرُوقِ لا فِي مَنَافِعِ البُضْعِ لأَنَّهَا اُسْتُوفِيَتْ وَالمِلكُ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا فَلا يَظْهَرُ فِي المُسْتَوفَى لِكَوْنِهَا مَعْدُومَةً، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا زَنَى بِهَا فَأَذْهَبَ عَيْنَهَا حَيْثُ تَجِبُ عَلَيهِ قِيمَتُهَا، وَيَسقُطُ الحَدُّ لأَنَّ المِلكَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ فِي الجُثَّةِ العَمْيَاءِ وَهِيَ عَيْنٌ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ: (وَمَنْ زَنَى بِجَارِيَة فَقَتَلَهَا فَإِنَّهُ يُحَدُّ وَعَلَيْهِ القِيمَةُ) إِنَّمَا وَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي الجَارِيَةِ وَإِنْ كَانَ هَذَا الحُكْمُ وَهُوَ وُجُوبُ الحَدِّ مَعَ الضَّمَانِ لا يَتَفَاوَتُ بَيْنَ الحُرَّةِ وَالجَارِيَةِ، فَإِنَّهُ لوْ فَعَلَ ذَلكَ مَعَ الحُرَّةِ وَجَبَ عَلَيْهِ الحَدُّ وَالدِّيَةُ عَلى العَاقلة لَما أَنَّ شُبْهَةَ عَدَمِ وُجُوب الحَدِّ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَان إِنَّمَا تَرِدُ فِي حَقِّ الجَارِيَة لا فِي حَقِّ الحُرَّة، لأَنَّ الأَمَةَ تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ ملكًا للزَّاني عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَان بِشُبْهَة أَنْ لا يَجْتَمِعَ البَدَلان فِي ملك شَخْصٍ وَاحِدٍ، كَمَا إِذَا زَنَى بِهَا فَأَذْهَبَ عَيْنَهَا وَهُوَ وَجْهُ قَوْل أَبِي يُوسُفَ فِي هَذه المَسْأَلة.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ عَلى هَذَا الاخْتلاف) أَيْ شرَاءُ الجَارِيَة بَعْدَ الزِّنَا بِهَا قَبْل إِقَامَة الحَدِّ عَلى هَذَا الاخْتلاف عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد يُحَدُّ خلافًا لأَبِي يُوسُفَ فَكَانَ رَدُّ المُخْتَلف إلى المُخْتَلف، لكنْ الخلافُ فِي المُشْتَرَاة بَعْدَ الزِّنَا مَذْكُورٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة، بِخلاف مَا نَحْنُ فِيه (وَلَهُمَا أَنَّ هَذَا الضَّمَانَ ضَمَانُ قَتْلٍ وَضَمَانَ القَتْل لا يُوجِبُ الملكَ لأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ) وَالدَّمُ بِمَا لا يَمْلكُ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَرَّرُ هَكَذَا لأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ، وَضَمَانُ الدَّمِ يَجبُ بَعْدَ المَوْت وَالمَوْتُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ للملك.

وَقَوْلُهُ (وَلوْ كَانَ يُوجبُهُ) يَعْني سَلمْنَا أَنَّ ضَمَانَ القَتْل يُوجبُ الملكَ لكنْ إِنَّمَا يُوجبُهُ فِي العَيْنِ كَمَا ذَكَرْتُمْ فِي هَيْئَة المَسْرُوق لا فِي مَنَافعِ البُضْعِ لأَنَّهَا اُسْتُوْفيَتْ وَتَلاشَتْ فَلَمْ تَكُنْ قَابلةً للملك حَالةَ الضَّمَان وَلا مُسْتَندَةً لأَنَّ المُسْتَندَ لا يَظْهَرُ فِي حَقِّ المَعْدُومِ وَالمَنَافعُ المُسْتَوْفَاةُ مَعْدُومَةٌ. قيل فَليَكُنْ الملكُ ثَابتًا بِطَرِيقِ التَّبَيُّنِ لئَلا يُشْتَرَطَ الوُجُودُ كَمَا فِي الحَيْضِ دَرْءًا فِي بَاب الحُدُود. وَأُجيبَ بِأَنَّ التَّبَيُّنَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حُكْمٍ مُغَيًّا بغَايَة يُنْتَظَرُ الوُصُولُ إليْهَا، فَإِنْ وَصَلَ حُكمَ بِثُبُوته وَإِلا فَلا كَمَا فِي الحَيْضِ، وَليْسَ مَا نَحْنُ فيه كَذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا زَنَى بِهَا) جَوَابٌ لِصُورَةٍ يُمْكِنُ أَنْ يَسْتَشْهِدَ بِهَا أَبُو يُوسُفَ كَمَا قَدَّمْنَاهُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الزَّانِيَ بِالضَّمَانِ يَمْلِكُ الجُثَّةَ العَمْيَاءَ لِكَوْنِهَا قَابِلَةً لِلمِلْكِ إِذْ هِيَ مَوْجُودَةٌ فَتُورِثُ الشُّبْهَةَ، وَهَذَا الجَوَابُ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلَى أَصْلِ الجَوَابِ دُونَ التَّنَزُّلِ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: المِلْكُ يَثْبُتُ فِي الجُثَّةِ العَمْيَاءِ مُسْتَنِدًا فَلا يَظْهَرُ فِي المُسْتَوْفِي: أَعْنِي المَنَافِعَ لِكَوْنِهَا مَعْدُومَةً، وَأَمَّا إِذَا نَظَرْتَ إِلَى أَصْلِ الجَوَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ إِنَّهُ ضَمَانُ قَتْلٍ فَلا يُوجِبُ المِلْكَ لأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ وَهُوَ لَيْسَ بِعَيْنٍ تُمْلَكُ فَإِنَّهُ صَحِيحٌ. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ بِالنَّظَرِ إِلَى التَّنَزُّلِ أَيْضًا بِأَنَّ المِلْكَ وَإِنْ كَانَ ثَابِتًا فِيهِ أَيْضًا لَكِنْ فِيهِ شُبْهَةُ العَدَمِ فَتَكُونُ فِي المَنَافِعِ شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ، وَلا كَذَلِكَ فِي الجُثَّةِ العَمْيَاءِ لِثُبُوتِ المِلْكِ فِيهَا حَقِيقَةً فَيَكُونُ فِي المَنَافِعِ الشُّبْهَةُ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ، لَكِنْ لَيْسَ فِي كَلامِ المُصَنِّفِ مَا يُشِيرُ إِلَى هَذَا أَصْلًا.

قَالَ (وَكُلُّ شَيْءٍ صَنَعَهُ الإِمَامُ الذِي لَيسَ فَوقَهُ إِمَامٌ فَلا حَدَّ عَلَيهِ إِلا القِصَاصُ فَإِنَّهُ يُؤخَذُ بِهِ وَبِالأَموَالِ) لأَنَّ الحُدُودَ حَقُّ اللهِ تَعَالى وَإِقَامَتُهَا إِلَيهِ لا إِلى غَيرِهِ وَلا يُمكِنُهُ أَن يُقِيمَ عَلَى نَفسِهِ لأَنَّهُ لا يُفِيدُ، بِخِلافِ حُقُوقِ العِبَادِ لأَنَّهُ يَستَوفِيهِ وَلِيُّ الحَقِّ إِمَّا بِتَمكِينِهِ أَو بِالاستِعَانَةِ بِمَنَعَةِ المُسلِمِينَ وَالقِصَاصُ وَالأَموَالُ مِنهَا. وَأَمَّا حَدُّ القَذفِ قَالُوا المُغلَبُ فِيهِ حَقُّ الشَّرعِ فَحُكمُهُ حُكمُ سَائِرِ الحُدُودِ التِي هِيَ حَقُّ اللهِ تَعَالى، وَاللهُ تَعَالى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(وَكُلُّ شَيْءٍ صَنَعَهُ الإِمَامُ الذِي لَيْسَ فَوْقَهُ إِمَامٌ) وَفَسَّرَهُ أَبُو اللَّيْثِ بِالخَلِيفَةِ (فَلا حَدَّ عَلَيْهِ إِلا القِصَاصُ، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِهِ وَبِالأَمْوَالِ لأَنَّ الحُدُودَ حَقُّ اللهِ تَعَالى وَإِقَامَتُهَا إِلَيْهِ لا إِلَى غَيْرِهِ) قَالَ ﷺ: «**أَرْبَعٌ إِلَى الوُلاةِ**» وَعَدَّ مِنْهَا إِقَامَةَ الحُدُودِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَأَمَّا حَدُّ القَذْفِ فَالمُغَلَبُ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الحُدُودِ التِي هِيَ حَقُّ اللهِ تَعَالَى. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: لَوْ كَانَ المُغَلَبُ فِيهِ حَقَّ الشَّرْعِ لَوَجَبَ أَنْ لا يُحَدَّ المُسْتَأْمَنُ إِذَا قَذَفَ كَمَا لَوْ زَنَى، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ يُحَدُّ لأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ. وَالجَوَابُ أَنَّ حَدَّ القَذْفِ يَشْتَمِلُ عَلَى الحَقَّيْنِ لا مَحَالَةَ فَيُعْمَلُ بِكُلٍّ مِنْهُمَا بِحَسَبِ مَا يَلِيقُ بِهِ، وَمَا يَلِيقُ بِالحَرْبِيِّ أَنْ يَكُونَ حَقَّ العَبْدِ لإِمْكَانِ الاسْتِيفَاءِ، وَمَا يَلِيقُ بِالإِمَامِ أَنْ يَكُونَ حَقَّ اللهِ تَعَالَى لأَنَّهُ لَيْسَ فَوْقَهُ

إِمَامٌ يَسْتَوْفِيهِ مِنْهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا وَالرُّجُوعِ عَنهَا

(وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدٍّ مُتَقَادِمٍ لم يَمنَعهُم عَن إقَامَتِهِ بُعدُهُم عَن الإِمَامِ لم تُقبَل شَهَادَتُهُم إلا فِي حَدِّ القَذفِ خَاصَّةً) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: (وَإِذَا شَهِدَ عَليهِ الشُّهُودُ بِسَرِقَةٍ أَو بِشُربِ خَمرٍ أَو بِزِنًا بَعدَ حِينٍ لم يُؤخَذ بِهِ وَضَمِنَ السَّرِقَةَ) وَالأَصلُ فِيهِ أَنَّ الحُدُودَ الخَالِصَةَ حَقًّا للهِ تَعَالَى تَبطُلُ بِالتَّقَادُمِ خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، هُوَ يَعتَبِرُهَا بِحُقُوقِ العِبَادِ وَبِالإِقرَارِ الذِي هُوَ إحدَى الحُجَّتَينِ. وَلنَا أَنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرٌ بَينَ حِسبَتَينِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَالسَّترِ، فَالتَّأخِيرُ إن كَانَ لاختِيَارِ السَّترِ فَالإِقدَامُ عَلَى الأَدَاءِ بَعدَ ذَلِكَ لِضَغِينَةٍ هَيَّجَتهُ أَو لِعَدَاوَةٍ حَرَّكَتهُ فَيُتَّهَمُ فِيهَا وَإِن كَانَ التَّأخِيرُ لا لِلسَّترِ يَصِيرُ فَاسِقًا آثِمًا فَتَيَقَّنَّا بِالمَانِعِ، بِخِلافِ الإِقرَارِ لأَنَّ الإِنسَانَ لا يُعَادِي نَفسَهُ، فَحَدُّ الزِّنَا وَشُربِ الخَمرِ وَالسَّرِقَةِ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَى حَتَّى يَصِحَّ الرُّجُوعُ عَنهَا بَعدَ الإِقرَارِ فَيَكُونَ التَّقَادُمُ فِيهِ مَانِعًا، وَحَدُّ القَذفِ فِيهِ حَقُّ العَبدِ لِمَا فِيهِ مِن دَفعِ العَارِ عَنهُ، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ رُجُوعُهُ بَعدَ الإِقرَارِ، وَالتَّقَادُمُ غَيرُ مَانِعٍ فِي حُقُوقِ العِبَادِ، وَلأَنَّ الدَّعوَى فِيهِ شَرطٌ فَيُحمَلُ تَأخِيرُهُم عَلَى انعِدَامِ الدَّعوَى فَلا يُوجِبُ تَفسِيقَهُم، بِخِلافِ حَدِّ السَّرِقَةِ لأَنَّ الدَّعوَى لَيسَت بِشَرطٍ لِلحَدِّ لأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَى عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا شُرِطَت لِلمَالِ، وَلأَنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلَى كَونِ الحَدِّ حَقًّا للهِ تَعَالَى فَلا يُعتَبَرُ وُجُودُ التُّهمَةِ فِي كُلِ فَردٍ، وَلأَنَّ السَّرِقَةَ تُقَامُ عَلَى الاستِسرَارِ عَلَى غِرَّةٍ مِن المَالِكِ فَيَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِ إعلامُهُ فَبِالكِتمَانِ يَصِيرُ فَاسِقًا آثِمًا، ثُمَّ التَّقَادُمُ كَمَا يَمنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فِي الابتِدَاءِ يَمنَعُ الإِقَامَةَ بَعدَ القَضَاءِ عِندَنَا خِلافًا لِزُفَرَ حَتَّى لو هَرَبَ بَعدَ مَا ضُرِبَ بَعضَ الحَدِّ ثُمَّ أُخِذَ بَعدَ مَا تَقَادَمَ الزَّمَانُ لا يُقَامُ عَلَيهِ الحَدُّ لأَنَّ الإِمضَاءَ مِن القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ.

الشرح:

(بَابُ الشَّهَادَة عَلى الزِّنَا وَالرُّجُوعِ عَنْهَا): قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ ثُبُوتَ الزِّنَا عِنْدَ الإِمَامِ إِنَّمَا يَكُونُ بِأَحَد شَيْئَيْنِ لا غَيْرُ، وَهُمَا الشَّهَادَةُ وَالإِقْرَارُ، وَأَخَّرَ الشَّهَادَةَ هَاهُنَا عَنْ الإِقْرَارِ لقلة ثُبُوت الزِّنَا بالشَّهَادَة وَنُدْرَته حَتَّى لَمْ يُنْقَل عَنْ السَّلَف ثُبُوتُ الزِّنَا عِنْدَ الإِمَامِ بِالشَّهَادَة، إِذْ رُؤْيَةُ أَرْبَعَة رِجَالٍ عُدُولٍ عَلى الوَصْفِ المَذْكُورِ كَالمِيل فِي المُكْحُلَة

كَمَا فِي الكِلابِ فِي غَايَةِ النُّدْرَةِ. قَال (وَإِذَا **شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدٍّ مُتَقَادِمٍ وَلَمْ يَكُونُوا بعِيدَيْنِ عَنْ الإِمَامِ** لَمْ تُقْبَل شَهَادَتُهُمْ إلا فِي حَدِّ القَذْفِ خَاصَّةً) وَأَعَادَ لَفْظَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لاشْتِمَاله عَلى زِيَادَةِ إِيضَاحٍ وَهِيَ تَعْدِيدُ مَا يُوجِبُ الحَدَّ صَرِيحًا مِنْ السَّرِقَةِ وَشُرْبِ الخَمْرِ وَالزِّنَا، وَزِيَادَةِ الحِينِ الذي اسْتَفَادَ مِنْهُ بَعْضُ المَشَايِخِ قَدْرَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فِي التَّقَادُمِ، وَزِيَادَةِ إِثْبَاتِ الضَّمَانِ فِي السَّرِقَةِ؛ ثُمَّ كَمَا لا يُحَدُّ المَشْهُودُ عَلَيْهِ لا تُحَدُّ الشُّهُودُ أَيْضًا حَدَّ القَذْفِ فِي الشَّهَادَةِ بالزِّنَا لأَنَّ عَدَدَهُمْ مُتَكَامِلٌ وَالأَهْلِيَّةُ للشَّهَادَةِ مَوْجُودَةٌ وَذَلِكَ يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ كَلامُهُمْ قَذْفًا وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَمَعْنَى قَوْله مُخَيَّرٌ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ أَجْرَيْنِ مَطْلُوبَيْنِ لهُ يُقَالُ احْتَسَبْت بِكَذَا أَجْرًا، وَالاسْمُ الحِسْبَةُ بِكَسْرِ الحَاءِ وَهِيَ الأَجْرُ وَالجَمْعُ الحِسَبُ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ حَدِّ السَّرِقَةِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الدَّعْوَى شَرْطٌ فِي السَّرِقَةِ كَمَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ، وَمَعَ ذَلكَ لوْ **شَهِدَ الشُّهُودُ بِسَرِقَةٍ مُتَقَادِمَةٍ** لَمْ تُقْبَل، فَعَلِمَ بِهَذَا أَنَّ قَبُول الشَّهَادَةِ فِي حُقُوقِ العِبَادِ بَعْدَ التَّقَادُمِ لَمْ يَكُنْ لاشْتِرَاطِ الدَّعْوَى.

وَوَجْهُهُ لا نُسَلِمُ أَنَّ الدَّعْوَى شَرْطٌ للحَدِّ لأَنَّهُ خَالصُ حَقِّ اللهِ تَعَالى عَلى مَا مَرَّ، وَالدَّعْوَى ليْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ وَإِنَّمَا هِيَ شَرْطٌ للمَال وَهُوَ حَقُّ العَبْدِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ) جَوَابٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ المَعْنَى المُبْطِل للشَّهَادَةِ فِي التَّقَادُمِ فِي الحُدُودِ الخَالصَةِ حَقًّا للهِ تَعَالى هُوَ تُهْمَةُ الضَّغِينَةِ وَالعَدَاوَةِ، وَذَلكَ أَمْرٌ بَاطِنٌ لا يُطَّلعُ عَليْهِ فَيُدَارُ الحُكْمُ عَلى كَوْنِ الحَدِّ حَقًّا للهِ تَعَالى سَوَاءٌ وُجِدَ ذَلكَ المَعْنَى فِي كُل فَرْدٍ أَوْ لا، كَمَا أُدِيرَ الرُّخْصَةُ عَلى السَّفَرِ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلى وُجُودِ المَشَقَّةِ فِي كُل فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ السَّرِقَةَ) جَوَابٌ آخَرُ. وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّرِقَةَ (تُقَامُ عَلى الاسْتِسْرَارِ) لأَنَّهَا تُوجَدُ فِي ظُلَمِ الليَالِي غَالبًا (عَلى غَفْلةٍ مِنْ المَالك) فَلا يَكُونُ المَسْرُوقُ مِنْهُ عَارِفًا بِالشَّهَادَةِ حَتَّى يَسْتَشْهِدَ بالشَّاهِد (فَيَجِبُ عَلى الشَّاهِدِ إِعْلامُهُ) فَإِذَا كَتَمَهُ صَارَ آثِمًا.

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ التَّقَادُمُ كَمَا يَمْنَعُ قَبُول الشَّهَادَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الإِمْضَاءَ) أَيْ الاسْتِيفَاءَ (مِنْ القَضَاءِ) لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ القَضَاءِ فِي حُقُوقِ العِبَادِ إِمَّا إِعْلامُ مَنْ لهُ القَضَاءُ أَوْ التَّمْكِينُ لِمَنْ لهُ القَضَاءُ مِنْ الاسْتِيفَاءِ بالقَضَاءِ، وَهَذَانِ المَعْنَيَانِ يَحْصُلانِ بِمُجَرَّدِ القَضَاءِ فَلَمْ يَتَوَقَّفْ تَمَامُهُ إلى الاسْتِيفَاءِ، وَأَمَّا اللهُ تَبَارَكَ وَتَعَالى فِي حُقُوقِهِ

فَمُسْتَغْنٍ عَنْ هَذَيْنِ المَعْنَيَيْنِ، فَكَانَ المَقْصُودُ مِنْهَا النِّيَابَةَ عَنْ اللهِ تَعَالى فِي الاسْتِيفَاءِ، فَلذَلكَ كَانَ الاسْتِيفَاءُ مِنْ تَتِمَّةِ القَضَاءِ فِي حُقُوقِ اللهِ تَعَالى.

وَاختَلفُوا فِي حَدِّ التَّقَادُمِ، وَأَشَارَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ إلى سِتَّةِ أَشهُرٍ، فَإِنَّهُ قَال بَعدَ حِينٍ، وَهَكَذَا أَشَارَ الطَّحَاوِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ لم يُقَدِّر فِي ذَلكَ وَفَوَّضَهُ إلى رَأْيِ القَاضِي فِي كُل عَصرٍ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِشَهرٍ؛ لأَنَّ مَا دُونَهُ عَاجِلٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ الأَصَحُّ. وَهَذَا إِذَا لم يَكُن بَينَ القَاضِي وَبَينَهُم مَسِيرَةُ شَهرٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ تُقبَلُ شَهَادَتُهُم؛ لأَنَّ المَانِعَ بُعدُهُم عَن الإِمَامِ فَلا تَتَحَقَّقُ التُّهمَةُ. وَالتَّقَادُمُ فِي حَدِّ الشُّربِ كَذَلكَ عِندَ مُحَمَّدٍ، وَعِندَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ عَلى مَا يَأتِي فِي بَابِهِ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالى.

الشرح:

(وَاخْتَلفُوا فِي **حَدِّ التَّقَادُمِ**، وَأَشَارَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ إلى سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَإِنَّهُ قَال بَعْدَ حِينٍ) كَمَا ذَكَرْنَا (وَهَكَذَا أَشَارَ الطَّحَاوِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ لَمْ يُقَدِّرْ فِي ذَلكَ) نَقَل النَّاطِفِيُّ فِي الأَجْنَاسِ عَنْ نَوَادِرِ المُعَلى.

قَال أَبُو يُوسُفَ: جَهِدْنَا عَلى أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ يُوَقِّتَ فِي ذَلكَ شَيْئًا فَأَبَى، وَفَوَّضَهُ إلى رَأْيِ القَاضِي فِي كُل عَصْرٍ (وَعَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِشَهْرٍ لأَنَّ مَا دُونَهُ عَاجِلٌ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) ذَكَرَ فِي المُجَرَّد. قَال أَبُو حَنِيفَةَ: لوْ سَأَل القَاضِي مَتَى زَنَى بِهَا فَقَالُوا مُنْذُ أَقَل مِنْ شَهْرٍ أُقِيمَ الحَدُّ، وَإِنْ قَالُوا شَهْرٌ أَوْ أَكْثَرُ دُرِئَ الحَدُّ.

قَال النَّاطِفِيُّ: فَقَدْ قَدَّرَهُ عَلى هَذه الرِّوَايَة بِشَهْرٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّد أَصْلُهُ مَسْأَلةُ اليَمِينِ حَلفَ لِيَقْضِيَنَّ دَيْنَ فُلانٍ عَاجِلا فَقَضَاهُ فِيمَا دُونَ الشَّهْرِ بَرَّ فِي يَمِينِهِ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الأَصَحُّ) يَعْنِي تَقْدِيرَ التَّقَادُمِ بِشَهْرٍ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ الذي قُلنَا مِنْ تَقْدِيرِ التَّقَادُمِ بِشَهْرٍ (إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ القَاضِي وَبَيْنَهُمْ مَسِيرَةُ شَهْرٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ لأَنَّ المَانِعَ بَعْدَهُمْ عَنْ الإِمَامِ فَلَمْ تَتَحَقَّقْ التُّهْمَةُ).

(وَإِذَا شَهِدُوا عَلى رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِفُلانَةَ وَفُلانَةُ غَائِبَةٌ فَإِنَّهُ يُحَدُّ، وَإِن شَهِدُوا أَنَّهُ سَرَقَ مِن فُلانٍ وَهُوَ غَائِبٌ لم يُقطَع) وَالفَرقُ أَنَّ بِالغَيبَةِ تَنعَدِمُ الدَّعوَى وَهِيَ شَرطٌ فِي السَّرِقَةِ دُونَ الزِّنَا، وَبِالحُضُورِ يُتَوَهَّمُ دَعوَى الشُّبهَةِ وَلا مُعتَبَرَ بِالمَوهُومِ

الشرح:

قَال (وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِفُلانَةَ وَفُلانَةُ غَائِبَةٌ فَإِنَّهُ يُحَدُّ) وَكَذَا إذَا أَقَرَّ بِذَلِكَ (وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ فُلانٍ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يُقْطَعْ. وَالفَرْقُ أَنَّ بِالغَيْبَةِ تَنْعَدِمُ الدَّعْوَى) لأَنَّهَا لا تَصِحُّ عَلَى الغَائِبِ (وَهِيَ شَرْطٌ فِي السَّرِقَةِ دُونَ الزِّنَا وَبِالحُضُورِ يُتَوَهَّمُ دَعْوَى الشُّبْهَةِ وَلا مُعْتَبَرَ بِالمَوْهُومِ) لأَنَّهُ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، فَالمُعْتَبَرُ هُوَ الشُّبْهَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا لِئَلا يَنْسَدَّ بَابُ إِقَامَةِ الحُدُودِ.

وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حَاضِرَةً وَادَّعَتْ النِّكَاحَ سَقَطَ الحَدُّ لِمَكَانِ شُبْهَةِ الصِّدْقِ مَعَ احْتِمَالِ الكَذِبِ، فَإِذَا كَانَتْ غَائِبَةً كَانَ الثَّابِتُ عِنْدَ غَيْبَتِهَا احْتِمَال وُجُودِ الشُّبْهَةِ وَهُوَ المَعْنَى بِشُبْهَةِ الشُّبْهَةِ، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُ أَوْلِيَاءِ القِصَاصِ غَائِبًا فَإِنَّهُ لا يَسْتَوْفِي حَتَّى يَحْضُرَ الغَائِبُ لاحْتِمَالِ أَنْ يَحْضُرَ الغَائِبُ فَيُقِرُّ بِالعَفْوِ، لأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ وَأَقَرَّ بِهِ سَقَطَ القِصَاصُ بِحَقِيقَةِ العَفْوِ لا بِشُبْهَتِهِ، فَإِذَا كَانَ غَائِبًا تَثْبُتُ شُبْهَةُ العَفْوِ لا شُبْهَةُ شُبْهَتِهِ.

(وَإِن شَهِدُوا أَنَّهُ زَنَى بِامرَأَةٍ لا يَعرِفُونَهَا لم يُحَدّ) لاحتِمَال أَنَّهَا امرَأَتُهُ أَو أَمَتُهُ بَل هُوَ الظَّاهِرُ (وَإِن أَقَرَّ بِذَلِكَ حُدَّ)؛ لأَنَّهُ لا يَخفَى عَلَيهِ أَمَتُهُ أَو امرَأَتُهُ.

الشرح:

(وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ لا يَعْرِفُونَهَا لَمْ يُحَدَّ لاحْتِمَال أَنَّهَا امْرَأَتُهُ أَوْ أَمَتُهُ بَل هُوَ الظَّاهِرُ) لأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ المُسْلِمِ أَنْ لا يَزْنِيَ، وَالشُّهُودُ لا يَفْصِلُونَ بَيْنَ زَوْجَتِهِ وَأَمَتِهِ وَبَيْنَ غَيْرِهِمَا إلا بِالمَعْرِفَةِ، فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا لا يُمْكِنُ إِقَامَةُ الحَدِّ بِشَهَادَتِهِمْ (وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ) أَيْ بِالزِّنَا بِامْرَأَةٍ لا يَعْرِفُهَا (حُدَّ لأَنَّهُ لا يَخْفَى عَلَيْهِ امْرَأَتُهُ أَوْ أَمَتُهُ).

(وَإِن شَهِدَ اثنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِفُلانَةَ فَاستَكرَهَهَا وَآخَرَانِ أَنَّهَا طَاوَعَتهُ دُرِئَ الحَدُّ عَنهُمَا جَمِيعًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَولُ زُفَرَ (وَقَالا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خَاصَّةً) لاتِّفَاقِهِمَا عَلَى المُوجِبِ وَتَفَرُّدَ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةِ جِنَايَةٍ وَهُوَ الإِكرَاهُ، بِخِلافِ جَانِبِهَا؛ لأَنَّ طَوَاعِيَتَهَا شَرطُ تَحَقُّقِ المُوجِبِ فِي حَقِّهَا وَلَم يَثبُت لاختِلافِهِمَا. وَلَهُ أَنَّهُ اختَلَفَ المَشهُودُ عَلَيهِ؛ لأَنَّ الزِّنَا فِعلٌ وَاحِدٌ يَقُومُ بِهِمَا، وَلأَنَّ شَاهِدَي الطَّوَاعِيَةِ صَارَا قَاذِفَينِ لَهَا. وَإِنَّمَا يَسقُطُ الحَدُّ عَنهُمَا بِشَهَادَةِ شَاهِدَي الإِكرَاهِ؛ لأَنَّ زِنَاهَا مُكرَهَةً يُسقِطُ إحصَانَهَا فَصَارَا خَصمَينِ فِي ذَلِكَ

الشرح:

(وَإِنْ **شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِفُلانَةَ فَاسْتَكْرَهَهَا وَآخَرَانِ أَنَّهَا طَاوَعَتْهُ** دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمَا جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وَقَالا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خَاصَّةً لاتِّفَاقِهِمَا) أَيْ لاتِّفَاقِ الفَرِيقَيْنِ (عَلَى المُوجِبِ) لِلحَدِّ (وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةِ جِنَايَةٍ وَهُوَ الإِكْرَاهُ، بِخِلافِ جَانِبِهَا) فَإِنَّ المُوجِبَ لَمْ يَتَحَقَّقْ (لأَنَّ طَوَاعِيَتَهَا شَرْطُ تَحَقُّقِ المُوجِبِ فِي حَقِّهَا فَلَمْ يَثْبُتْ لاخْتِلافِهِمَا) فِيهَا وَعَدَمُ الوُجُوبِ فِي حَقِّهَا لِمَعْنًى غَيْرِ مُشْتَرَكٍ لا يَمْنَعُ الوُجُوبَ فِي حَقِّ الرَّجُلِ عِنْدَ وُجُودِ المُوجِبِ فِي حَقِّهِ كَمَا فِي وَطْءِ الصَّغِيرَةِ المُشْتَهَاةِ أَوْ المَجْنُونَةِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المَشْهُودَ بِهِ قَدْ اخْتَلَفَ لأَنَّ الزِّنَا فِعْلٌ وَاحِدٌ يَقُومُ بِهِمَا) وَكُلُّ مَا هُوَ فِعْلٌ وَاحِدٌ يَقُومُ بِهِمَا لا يَتَّصِفُ بِوَصْفَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ، وَهَؤُلاءِ أَثْبَتُوا لَهُ وَصْفَيْنِ مُتَضَادَّيْنِ، لأَنَّ الطَّوْعَ يُوجِبُ اشْتِرَاكَهُمَا فِي الزِّنَا وَالكُرْهَ يُوجِبُ انْفِرَادَ الرَّجُلِ بِهِ وَاجْتِمَاعُهُمَا مُتَعَذِّرٌ، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِعْلا خِلافَ الآخَرِ فَاخْتَلَفَ المَشْهُودُ بِهِ وَلَمْ يَتِمَّ عَلَى كُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصَابُ الشَّهَادَةِ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ شَاهِدَيْ الطَّوَاعِيَةِ) دَلِيلٌ آخَرُ. وَتَقْرِيرُهُ لأَنَّ شَاهِدَيْ الطَّوَاعِيَةِ (صَارَا قَاذِفَيْنِ) لِعَدَمِ نِصَابِ الشَّهَادَةِ وَالقَاذِفُ خَصْمٌ وَلا شَهَادَةَ لِلخَصْمِ وَإِذَا انْتَفَتْ شَهَادَتُهُمَا نَقَصَ نِصَابُ الشَّهَادَةِ فَلا يُقَامُ بِهَا الحَدُّ وَكَانَ ذَلِكَ يَقْتَضِي إِقَامَةَ حَدِّ القَذْفِ عَلَى شَاهِدَيْ الطَّوَاعِيَةِ (وَلَكِنْ سَقَطَ الحَدُّ عَنْهُمَا بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْ الإِكْرَاهِ لأَنَّ زِنَاهَا مُكْرَهَةً يَسْقُطُ إِحْصَانُهَا) لِوُجُودِ حَقِيقَةِ الزِّنَا مِنْهَا لَكِنْ لا تَأْثَمُ بِسَبَبِ الإِكْرَاهِ.

(وَإِن شَهِدَ اثنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامرَأَةٍ بِالكُوفَةِ وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا بِالبَصرَةِ دُرِئَ الحَدُّ عَنهُمَا جَمِيعًا)؛ لأَنَّ المَشهُودَ بِهِ فِعلُ الزِّنَا وَقَد اختَلَفَ بِاختِلافِ المَكَانِ وَلَم يَتِمَّ عَلَى كُلِ وَاحِدٍ مِنهُمَا نِصَابُ الشَّهَادَةِ وَلا يُحَدُّ الشُّهُودُ خِلافًا لِزُفَرَ لِشُبهَةِ الاتِّحَادِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الصُّورَةِ وَالمَرأَةِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالكُوفَةِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (خِلافًا لِزُفَرَ) يَعْنِي أَنَّهُ يَقُولُ يُحَدُّونَ لأَنَّ شَهَادَتَهُمْ لَمْ تُقْبَلْ لِنُقْصَانِ العَدَدِ فَصَارَ كَلامُهُمْ قَذْفًا، **كَثَلاثَةٍ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا** فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ حَدَّ القَذْفِ. وَلَنَا مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ (لِشُبْهَةِ

الاتِّحَادِ) يُرِيدُ شُبْهَةَ اتِّحَادِ المَشْهُودِ بِهِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشُّبْهَةَ دَارِئَةٌ فِي الحُدُودِ بِالحَدِيثِ وَقَدْ وُجِدَتْ لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا وَلَهُمْ أَهْلِيَّةٌ كَامِلَةٌ وَعَدَدٌ كَامِلٌ عَلَى زِنًا وَاحِدٍ صُورَةً فِي زَعْمِهِمْ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ صُورَةِ النِّسْبَةِ الحَاصِلَةِ مِنْهُمْ وَاتِّحَادِ المَرْأَةِ، وَإِنَّمَا جَاءَ الاخْتِلَافُ بِذِكْرِ المَكَانِ فَيَثْبُتُ شُبْهَةُ الاتِّحَادِ فِي المَشْهُودِ بِهِ فَيَدْرَأُ الحَدَّ. قِيلَ وَالحَاصِلُ أَنَّهَا شَهَادَةٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ؛ فَبِالنَّظَرِ إِلَى الأَوَّلِ لَمْ تُحَدَّ الشُّهُودُ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الثَّانِي لَمْ يُحَدَّ المَشْهُودُ عَلَيْهِ

(وَإِن اختَلَفُوا فِي بَيتٍ وَاحِدٍ حُدَّ الرَّجُلُ وَالمَرأَةُ) مَعنَاهُ: أَن يَشهَدَ كُلُّ اثنَينِ عَلَى الزِّنَى فِي زَاوِيَةٍ، وَهَذَا استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَن لا يَجِبَ الحَدُّ لاختِلافِ المَكَانِ حَقِيقَةً. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ التَّوفِيقَ مُمكِنٌ بِأَن يَكُونَ ابتِدَاءُ الفِعلِ فِي زَاوِيَةٍ وَالانتِهَاءُ فِي زَاوِيَةٍ أُخرَى بِالاضطِرَابِ، أَو لأَنَّ الوَاقِعَ فِي وَسَطِ البَيتِ فَيَحسِبُهُ مَن فِي المُقَدَّمِ فِي المُقَدَّمِ وَمَن فِي المُؤَخَّرِ فِي المُؤَخَّرِ فَيَشهَدُ بِحَسَبِ مَا عِندَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي بَيْت وَاحِد حُدَّ الرَّجُلُ وَالمَرْأَةُ) ظَاهِرٌ. وَلا يُقَالُ: إِنَّ ذَلِكَ احْتِيَالٌ لِوُجُوبِ الحَدِّ وَالحُدُودُ يُحْتَالُ لِدَرْئِهَا لا لِإِثْبَاتِهَا، لِأَنَّ هَذَا احْتِيَالٌ لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ وَالشَّهَادَةُ حُجَّةٌ يَجِبُ تَصْحِيحُهَا مَا أَمْكَنَ، ثُمَّ إِذَا قُبِلَتْ كَانَ مِنْ ضَرُورَةِ قَبُولِهَا وُجُوبُ الحَدِّ. فَإِنْ قِيلَ: فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ فَمَا بَالُكُمْ لَمْ تُصَحِّحُوا الشَّهَادَةَ فِي مَسْأَلَةِ الإِكْرَاهِ وَالطَّوَاعِيَةِ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ بِأَنْ يُحْمَلَ عَلَى أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءُ الفِعْلِ عَنْ إِكْرَاهٍ وَانْتِهَاؤُهُ عَنْ طَوْعٍ. أُجِيبَ بِأَنَّ كُلَّ مَا ذُكِرَ فِي مَسْأَلَةِ الإِكْرَاهِ وَالطَّوَاعِيَةِ لا يَتَفَاوَتُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ إِكْرَاهًا مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ، وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ أَوَّلُهُ إِكْرَاهًا وَآخِرُهُ طَوْعًا لِأَنَّ الإِكْرَاهَ مُسْقِطٌ لِلحَدِّ عَنْ المَرْأَةِ سَوَاءٌ كَانَ فِعْلُ الزِّنَا مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ إِكْرَاهًا أَوْ أَوَّلُهُ إِكْرَاهًا وَآخِرُهُ طَوْعًا، فَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ فِي شَهَادَتِهِمْ اخْتِلَافُ المَشْهُودِ بِهِ كَمَا ذَكَرْنَا.

(وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِامرَأَةٍ بِالنُّخَيلَةِ عِندَ طُلُوعِ الشَّمسِ، وَأَربَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِهَا عِندَ طُلُوعِ الشَّمسِ بِدَيرِ هِندٍ دُرِئَ الحَدُّ عَنهُم جَمِيعًا) أَمَّا عَنهُمَا فَلأَنَّا تَيَقَّنَّا بِكَذِبِ أَحَدِ الفَرِيقَينِ غَيرِ عَينٍ، وَأَمَّا عَنِ الشُّهُودِ فَلاحتِمَالِ صِدقِ كُلِّ فَرِيقٍ

الشرح:

قَال (وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَة بِالنُّخَيْلة عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَأَرْبَعَةٌ زَنَى بِهَا عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ بِدَيْرِ هِنْد دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمْ جَمِيعًا) النُّخَيْلةُ تَصْغِيرُ نَخْلة التِي هِيَ وَاحِدَةُ النَّخْلِ: مَوْضِعٌ قَرِيبٌ مِنْ الكُوفَة، وَالبَاءُ المُوَحَّدَةُ المَفْتُوحَةُ وَالجِيمُ تَصْحِيفٌ لأَنَّهُ اسْمُ حَيٍّ مِنْ اليَمَنِ، وَدَيْرُ هِنْدٍ لا يُسَاعِدُ عَلَيْه لأَنَّهُ أَيْضًا مَوْضِعٌ قَرِيبٌ مِنْ الكُوفَة وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَلاحْتِمَال صِدْق كُل فَرِيق) يَعْنِي أَنَّ احْتِمَال الصِّدْق فِي كَلامِ كُلٍّ مِنْ الفَرِيقَيْنِ قَائِمٌ، وَشُبْهَةُ الزِّنَا تَمْنَعُ وُجُوبَ الحَدِّ عَلى القَاذِف.

(وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلى امرَأَةٍ بِالزِّنَا وَهِيَ بِكرٌ دُرِئَ الحَدُّ عَنهُمَا وَعَنهُم)؛ لأَنَّ الزِّنَا لا يَتَحقَّقُ مَعَ بَقَاءِ البَكَارَةِ، وَمَعنَى المَسأَلَةِ أَنَّ النِّسَاءَ نَظَرنَ إِليهَا فَقُلنَا إِنَّهَا بِكرٌ، وَشَهَادَتُهُنَّ حُجَّةٌ فِي إِسقَاطِ الحَدِّ وَلَيسَت بِحُجَّةٍ فِي إِيجَابِهِ فَلهَذَا سَقَطَ الحَدُّ عَنهُمَا وَلا يَجِبُ عَليهِم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمَا وَعَنْهُمْ) تَوْضِيحُهُ أَنَّ الزِّنَا لا يَتَحَقَّقُ مَعَ البَكَارَة، وَشَهَادَةُ النِّسَاء حُجَّةٌ فِيمَا لا اطِّلاعَ للرِّجَال عَلَيْه خُصُوصًا فِي إِسْقَاط الحَدِّ فَيَسْقُطُ عَنْهُمَا، وَأَمَّا عَنْهُمْ فَلأَنَّهُ تَكَامَل نِصَابُ الشَّهَادَة، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ حُكْمُهَا بِقَوْل النِّسَاءِ وَلا مَدْخَل لقَوْلِهنَّ فِي إِثْبَات الحُدُود.

(وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلى رَجُلٍ بِالزِّنَا وَهُم عُميَانٌ أَو مَحدُودُونَ فِي قَذفٍ أَو أَحَدُهُم عَبدٌ أَو مَحدُودٌ فِي قَذفٍ فَإِنَّهُم يُحَدُّونَ) وَلا يُحَدُّ المَشهُودُ عَلَيه؛ لأَنَّهُ لا يَثبُتُ بِشَهَادَتِهِم المَالُ فَكَيفَ يَثبُتُ الحَدُّ وَهُم لَيسُوا مِن أَهل أَدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَالعَبدُ لَيسَ بِأَهلٍ للتَّحمُّل وَالأَدَاءِ فَلم تَثبُت شُبهَةُ الزِّنَا؛ لأَنَّ الزِّنَا يَثبُتُ بِالأَدَاءِ (وَإِن شَهِدُوا بِذَلكَ وَهُم فُسَّاقٌ أَو ظَهَرَ أَنَّهُم فُسَّاقٌ لم يُحَدُّوا)؛ لأَنَّ الفَاسِقَ مِن أَهل الأَدَاءِ وَالتَّحمُّل وَإِن كَانَ فِي أَدَائِهِ نَوعُ قُصُورٍ لتُهمَةِ الفِسق. وَلهَذَا لو قَضَى القَاضِي بِشَهَادَةِ فَاسِقٍ يَنفُذُ عِندَنَا، وَيَثبُتُ بِشَهَادَتِهِم شُبهَةُ الزِّنَا، وَبِاعتِبَارِ قُصُورٍ فِي الأَدَاءِ لتُهمَةِ الفِسقِ يَثبُتُ شُبهَةُ عَدَمِ الزِّنَا فَلهَذَا امتَنَعَ الحَدَّانِ، وَسَيَأتِي فِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ بِنَاءً عَلى أَصلِهِ أَنَّ الفَاسِقَ لَيسَ مِن أَهل الشَّهَادَةِ فَهُوَ كَالعَبدِ عِندَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلى رَجُلٍ بِالزِّنَا وَهُمْ عُمْيَانٌ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الزِّنَا يَثْبُتُ بِالأَدَاءِ) أَيْ يَظْهَرُ عِنْدَ الإِمَامِ بِأَدَاءِ الشُّهُودِ الشَّهَادَةَ، وَلا أَدَاءَ لِلعُمْيَانِ وَالعَبِيدِ وَالمَحْدُودِينَ فِي القَذْفِ لا كَامِلا وَلا نَاقِصًا، فَانْقَلَبَتْ شَهَادَتُهُمْ قَذْفًا لأَنَّهُمْ نَسَبُوهُمَا إلى الزِّنَا وَلَمْ تَكُنْ نِسْبَتُهُمَا إلى الزِّنَا شَهَادَةً فَكَانَتْ قَذْفًا ضَرُورَةً. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الأَدَاءِ وَالتَّحَمُّلِ) يَعْنِي بِالنَّصِّ، قَال اللهُ تَعَالى إنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَثَبَّتُوا فَالأَمْرُ بِالتَّثَبُّتِ دَلِيلٌ عَلى أَنَّ الفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الأَدَاءِ، لأَنَّهُ لوْ لَمْ يَكُنْ أَهْلا لَمَا أُمِرَ بِالتَّثَبُّتِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ العَبْدَ إِذَا شَهِدَ يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ لا بِالتَّثَبُّتِ. وَذَكَرَ الإِمَامُ قَاضِي خَانْ أَنَّ الشُّهُودَ ثَلاثَةٌ: شَاهِدٌ لهُ أَهْلِيَّةُ التَّحَمُّلِ وَالأَدَاءِ بِصِفَةِ الكَمَالِ وَهُوَ العَدْلُ، وَشَاهِدٌ لهُ أَهْلِيَّةُ التَّحَمُّلِ وَالأَدَاءِ لكِنْ بِصِفَةِ النُّقْصَانِ وَالقُصُورِ وَهُوَ الفَاسِقُ، وَشَاهِدٌ لهُ أَهْلِيَّةُ التَّحَمُّلِ وَليْسَ لهُ أَهْلِيَّةُ الأَدَاءِ كَالأَعْمَى وَالمَحْدُودِ فِي القَذْفِ وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِهِمَا

(وَإِن نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَن أَربَعَةٍ حُدُّوا)؛ لأَنَّهُم قَذَفَةٌ إذ لا حِسبَةَ عِندَ نُقصَانِ العَدَدِ وَخُرُوجِ الشَّهَادَةِ عَن القَذفِ بِاعتِبَارِهَا.

الشرح:

(وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ أَرْبَعَةٍ حُدُّوا لأَنَّهُمْ قَذَفَةٌ، إِذْ لا حِسْبَةَ عِنْدَ نُقْصَانِ العَدَدِ) فَإِنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ عَلَى مَا مَرَّ وَهَاهُنَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ حِسْبَةُ السَّتْرِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلا حِسْبَةَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ أَيْضًا لِنُقْصَانِ عَدَدِهِمْ، فَإِنَّ اللهَ تَعَالى قَالَ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] وَإِذَا لَمْ تُوجَدْ الحِسْبَةُ ثَبَتَ القَذْفُ لأَنَّ خُرُوجَ الشَّهَادَةِ عَنْ القَذْفِ إِنَّمَا كَانَ بِاعْتِبَارِ الحِسْبَةِ.

**(وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَضُرِبَ بِشَهَادَتِهِم ثُمَّ وُجِدَ أَحَدُهُم عَبدًا أَو مَحدُودًا فِي قَذفٍ فَإِنَّهُم يُحَدُّونَ)؛ لأَنَّهُم قَذَفَةٌ إذ الشُّهُودُ ثَلاثَةٌ (وَليسَ عَليهِم وَلا عَلى بَيتِ المَال أَرشُ الضَّربِ، وَإِن رُجِمَ فَدِيَتُهُ عَلى بَيتِ المَال، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: أَرشُ الضَّربِ أَيضًا عَلى بَيتِ المَال) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: مَعنَاهُ إذَا كَانَ جَرَحَهُ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ إذَا مَاتَ مِن الضَّربِ، وَعَلى هَذَا إذَا رَجَعَ الشُّهُودُ لا يَضمَنُونَ عِندَهُ وَعِندَهُمَا

يَضمَنُونَ.

لهُمَا أَنَّ الوَاجِبَ بِشَهَادَتِهِم مُطلقُ الضَّربِ، إذ الاحتِرَازُ عَن الجَرحِ خَارِجٌ عَن الوُسعِ فَيَنتَظِمُ الجَارِحُ وَغَيرُهُ فَيُضَافُ إلى شَهَادَتِهِم فَيَضمَنُونَ بِالرُّجُوعِ، وَعِندَ عَدَمِ الرُّجُوعِ تَجِبُ عَلَى بَيتِ المَالِ؛ لأَنَّهُ يَنتَقِلُ فِعلُ الجَلادِ إلى القَاضِي وَهُوَ عَامِلٌ للمُسلمِينَ فَتَجِبُ الغَرَامَةُ فِي مَالِهِم فَصَارَ كَالرَّجمِ وَالقِصَاصِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ الجَلدُ وَهُوَ ضَربٌ مُؤلمٌ غَيرُ جَارِحٍ وَلا مُهلكٍ، فَلا يَقَعُ جَارِحًا ظَاهِرًا إلا لَمعنًى فِي الضَّارِبِ وَهُوَ قِلةُ هِدَايَتِهِ فَاقتَصَرَ عَلَيهِ، إلا أَنَّهُ لا يَجِبُ عَلَيهِ الضَّمَانُ فِي الصَّحِيحِ كَي لا يَمتَنِعَ النَّاسُ عَن الإقَامَةِ مَخَافَةَ الغَرَامَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُونَ) أَيْ أَرْشَ الجِرَاحَةِ إذَا لَمْ يَمُتْ وَالدِّيَةُ إنْ مَاتَ. (قَوْلُهُ فَصَارَ كَالرَّجْمِ وَالقِصَاصِ) يَعْنِي إذَا **شَهِدُوا الشُّهُودُ فَرُجِمَ المَشْهُودُ عَلَيْهِ أَوْ قُتِلَ ثُمَّ رَجَعُوا** يَضْمَنُونَ الدِّيَةَ. وَوَجْهُ أَبِي حَنِيفَةَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) يَعْنِي فِي الصَّحِيحِ مِنْ الرِّوَايَةِ، ذَكَرَ فِي مَبْسُوطِ فَخْرِ الإِسْلامِ.

وَلَوْ قَال قَائِلٌ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الجَلادِ فَلَهُ وَجْهٌ لأَنَّهُ لَيْسَ بِمَأْمُورٍ بِهَذَا الوَجْهِ لأَنَّهُ أَمْرٌ بِضَرْبٍ مُؤْلِمٍ لا جَارِحٍ وَلا كَاسِرٍ وَلا قَاتِلٍ، فَإِذَا وُجِدَ مِنْهُ الضَّرْبُ عَلَى هَذِهِ الوُجُوهِ يَقَعُ فِعْلُهُ تَعَدِّيًا فَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإِيضَاحِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ لأَبِي حَنِيفَةَ وَجْهًا حَسَنًا، وَهُوَ أَنَّ الإِضَافَةَ إلَى الشُّهُودِ مِنْ حَيْثُ الإِيجَابُ دُونَ الإِيجَادِ، وَالأَثَرُ الحَاصِلُ مُوجِبٌ وُجُودَ الضَّرْبِ لا مُوجِبٌ وُجُوبَهُ فَلَمْ يَكُنْ مُضَافًا إلَى الشَّهَادَةِ فَلا يَجِبُ عَلَيْهِمْ الضَّمَانُ.

(وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى شَهَادَةِ أَربَعَةٍ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا لم يُحَدَّ) لَمَا فِيهَا مِن زِيَادَةِ الشُّبهَةِ وَلا ضَرُورَةَ إلى تَحمُّلهَا (فَإِن جَاءَ الأَوَّلُونَ فَشَهِدُوا عَلَى المُعَايَنَةِ فِي ذَلكَ المَكَانِ لم يُحَدَّ أَيضًا) مَعنَاهُ شَهِدُوا عَلَى ذَلكَ الزِّنَا بِعَينِهِ؛ لأَنَّ شَهَادَتَهُم قَد رُدَّت مِن وَجهٍ بِرَدِّ شَهَادَةِ الفُرُوعِ فِي عَينِ هَذِهِ الحَادِثَةِ إذ هُم قَائِمُونَ مَقَامَهُم بِالأَمرِ وَالتَّحمِيل، وَلا يُحَدُّ الشُّهُودُ؛ لأَنَّ عَدَدَهُم مُتَكَامِلٌ وَامتِنَاعُ الحَدِّ عَلَى الشُّهُودِ عَلَيهِ لنَوعِ شُبهَةٍ. وَهِيَ كَافِيَةٌ لدَرءِ الحَدِّ

لا لإيجابِهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِمَا فِيهَا مِنْ زِيَادَةِ الشُّبْهَةِ) مَعْنَاهُ لِمَا فِيهَا مِنْ شُبْهَةٍ زَادَتْ عَلَى الأَصْلِ لَمْ تَكُنْ فِيهِ، فَإِنَّ الكَلامَ إِذَا تَدَاوَلَتْهُ الأَلْسِنَةُ يُمْكِنُ فِيهِ زِيَادَةٌ وَنُقْصَانٌ. قَوْلُهُ (إِذْ هُمْ قَائِمُونَ مَقَامَهُمْ) أَيْ الفُرُوعُ قَائِمَةٌ مَقَامَ الأَصْلِ، فَكَانَ الرَّدُّ لِشَهَادَةِ الفُرُوعِ رَدًّا لِشَهَادَةِ الأُصُولِ، وَذَلِكَ لأَنَّ المَوْضِعَ الذِي تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الفُرُوعِ تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الأُصُولِ، وَفِي المَوْضِعِ الذِي تَرِدُ يَتَعَدَّى رَدُّهَا إِلَى شَهَادَةِ الأُصُولِ مِنْ وَجْهٍ وَذَلِكَ شُبْهَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا تُحَدُّ الشُّهُودُ) يَعْنِي الأُصُولَ وَالفُرُوعَ (لأَنَّ عَدَدَهُمْ مُتَكَامِلٌ) وَالأَهْلِيَّةُ مَوْجُودَةٌ (وَامْتِنَاعُ الحَدِّ عَلَى المَشْهُودِ عَلَيْهِ لِنَوْعِ شُبْهَةٍ) وَهُوَ شُبْهَةُ عَدَمِ التَّحْمِيلِ فِي الفُرُوعِ، وَشُبْهَةُ الرَّدِّ فِي الأُصُولِ (وَهِيَ كَافِيَةٌ لِلدَّرْءِ لا لإِيجَابِهِ) لأَنَّ الشُّبْهَةَ مُسْقِطَةٌ لِلحَدِّ لا مُوجِبَةٌ لَهُ.

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَرُجِمَ فَكُلَّمَا رَجَعَ وَاحِدٌ حُدَّ الرَّاجِعُ وَحْدَهُ وَغَرِمَ رُبعَ الدِّيَةِ) أَمَّا الغَرَامَةُ فَلأَنَّهُ بَقِيَ مَن يَبقَى بِشَهَادَتِهِ ثَلاثَةُ أَربَاعِ الحَقِّ فَيَكُونُ التَّالِفُ بِشَهَادَةِ الرَّاجِعِ رُبعَ الحَقِّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ القَتلُ دُونَ المَالِ بِنَاءً عَلَى أَصلِهِ فِي شُهُودِ القِصَاصِ، وَسَنُبَيِّنُهُ فِي الدِّيَاتِ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَأَمَّا الحَدُّ فَمَذهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلاثَةِ. وَقَالَ زُفَرُ لا يُحَدُّ؛ لأَنَّهُ إِن كَانَ الرَّاجِعُ قَاذِفَ حَيٍّ فَقَد بَطَلَ بِالمَوتِ، وَإِن كَانَ قَاذِفَ مَيِّتٍ فَهُوَ مَرجُومٌ بِحُكمِ القَاضِي فَيُورِثُ ذَلِكَ شُبهَةً. وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنقَلِبُ قَذفًا بِالرُّجُوعِ؛ لأَنَّ بِهِ تُفسَخُ شَهَادَتُهُ فَجُعِلَ لِلحَالِ قَذفًا لِلمَيِّتِ وَقَد انفَسَخَت الحُجَّةُ فَيَنفَسِخُ مَا يَبتَنِي عَلَيهِ وَهُوَ القَضَاءُ فِي حَقِّهِ فَلا يُورِثُ الشُّبهَةَ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَذَفَهُ غَيرُهُ؛ لأَنَّهُ غَيرُ مُحصَنٍ فِي حَقِّ غَيرِهِ لِقِيَامِ القَضَاءِ فِي حَقِّهِ (فَإِن لَم يُحَدَّ المَشهُودُ عَلَيهِ حَتَّى رَجَعَ وَاحِدٌ مِنهُم حُدُّوا جَمِيعًا وَسَقَطَ الحَدُّ عَن المَشهُودِ عَلَيهِ).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: حُدَّ الرَّاجِعُ خَاصَّةً؛ لأَنَّ الشَّهَادَةَ تَأَكَّدَت بِالقَضَاءِ فَلا يَنفَسِخُ إِلا فِي حَقِّ الرَّاجِعِ، كَمَا إِذَا رَجَعَ بَعدَ الإِمضَاءِ. وَلَهُمَا أَنَّ الإِمضَاءَ مِن القَضَاءِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَجَعَ وَاحِدٌ مِنهُم قَبلَ القَضَاءِ وَلِهَذَا سَقَطَ الحَدُّ عَن المَشهُودِ عَلَيهِ. وَلَو رَجَعَ وَاحِدٌ مِنهُم قَبلَ القَضَاءِ حُدُّوا جَمِيعًا. وَقَالَ زُفَرُ: يُحَدُّ الرَّاجِعُ خَاصَّةً؛ لأَنَّهُ لا يُصَدَّقُ عَلَى غَيرِهِ. وَلَنَا

أَنَّ كَلامَهُم قَذفٌ فِي الأَصل وَإِنَّمَا يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَال القَضَاءِ بِهِ، فَإِذَا لم يَتَّصِل بِهِ بَقِيَ قَذفًا فَيُحَدُّونَ (فَإِن كَانُوا خَمسَةً فَرَجَعَ أَحَدُهُم فَلا شَيءَ عَلَيهِ)؛ لأَنَّهُ بَقِيَ مَن يَبقَى بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ وَهُوَ شَهَادَةُ الأَربَعَةِ (فَإِن رَجَعَ آخَرُ حُدَّا وَغَرِمَا رُبعَ الدِّيَةِ) أَمَّا الحَدُّ فَلِمَا ذَكَرنَا وَأَمَّا الغَرَامَةُ فَلأَنَّهُ بَقِيَ مَن يَبقَى بِشَهَادَتِهِ ثَلاثَةُ أَربَاعِ الحَقِّ، وَالمُعتَبَرُ بَقَاءُ مَن بَقِيَ لا رُجُوعُ مَن رَجَعَ عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا) هَذَا شُرُوعٌ فِي بَيَانِ **الرُّجُوعِ عَنْ الشَّهَادَةِ فِي الزِّنَا** وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ لأَنَّهُ إِنْ كَانَ قَاذِفٌ حَيٌّ فَقَدْ بَطَل بِالمَوْتِ) يَعْنِي لأَنَّ حَدَّ القَذْفِ لا يُورَثُ (وَإِنْ كَانَ قَاذِفٌ مَيِّتٌ فَهُوَ مَرْجُومٌ بِحُكْمِ القَاضِي) وَذَلِكَ إِنْ لَمْ يُسْقِطْ الإِحْصَانَ فَلا أَقَل مِنْ إِيرَاثِ الشُّبْهَةِ وَالحَدُّ يَسْقُطُ بِهَا (وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ تَنْقَلِبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ) عَنْهَا لأَنَّهَا تَنْفَسِخُ بِهِ، وَإِذَا انْفَسَخَتْ كَانَتْ قَذْفًا لانْتِفَاءِ الحِسْبَتَيْنِ جَمِيعًا (فَجُعِل للحَال قَذْفًا للمَيِّت) وَإِذَا انْقَلَبَتْ قَذْفًا فَقَدْ انْفَسَخَتْ حُجِّيَّتُهَا، وَإِذَا انْفَسَخَتْ حُجِّيَّتُهَا انْفَسَخَ مَا يُبْنَى عَلَيْهَا وَهُوَ القَضَاءُ، وَإِذَا انْفَسَخَ القَضَاءُ انْدَفَعَ القَوْلُ بِكَوْنِهِ مَرْجُومًا بِحُكْمِ القَاضِي فَلا يَسْقُطُ الإِحْصَانُ وَلا يُورِثُ الشُّبْهَةَ فَيَجِبُ حَدُّ قَاذِفِهِ، لكِنْ قَيَّدَ بِقَوْلِهِ فِي حَقِّهِ لأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّ شَهَادَتَهُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ وَزَعْمُهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ مُعْتَبَرٌ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَذَفَ غَيْرَهُ لأَنَّهُ غَيْرُ مُحْصَنٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِ لِقِيَامِ القَضَاءِ فِي حَقِّهِ، لأَنَّ قَضَاءَ القَاضِي فِي زَعْمِهِ صَحِيحٌ مُتَقَرِّرٌ، فَكَانَ قَذْفُهُ وَاقِعًا فِي حَقِّ غَيْرِ المُحْصَنِ فَلا يَجِبُ حَدُّ القَذْفِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: القَضَاءُ لوْ كَانَ قَائِمًا فِي زَعْمِهِمْ وَجَبَ الحَدُّ لا مَحَالةَ، فَإِذَا كَانَ قَائِمًا فِي زَعْمٍ دُونَ زَعْمٍ كَانَ قَائِمًا مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، وَمِثْلُهُ يُورِثُ الشُّبْهَةَ الدَّارِئَةَ للحَدِّ. وَاعْتُرِضَ أَيْضًا بِأَنَّ **أَحَدَ الشُّهُودِ لوْ ظَهَرَ عَبْدًا بَعْدَ الرَّجْمِ** لَمْ يُحَدَّ الشُّهُودُ حَدَّ القَذْفِ بِالإِجْمَاعِ، وَلوْ ظَهَرَ أَحَدُهُمْ عَبْدًا بَعْدَ الجَلدِ حُدَّ وَمَا ذَلكَ إِلا لأَنَّ القَذْفَ إِنْ ثَبَتَ بِالشَّهَادَةِ ثَبَتَ مِنْ وَقْتِ الشَّهَادَةِ كَمَا قَال زُفَرُ. **وَمَنْ قَذَفَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ المَقْذُوفُ** لا يُحَدُّ القَاذِفُ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ أَحَدَهُمْ إِذَا ظَهَرَ عَبْدًا عُلِمَ أَنَّ شَهَادَتَهُمْ لَمْ تَكُنْ شَهَادَةً بَل كَانَتْ

قَذْفًا فِي ذَلِكَ الوَقْتِ لعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ لأَنَّ العَبْدَ لا شَهَادَةَ لَهُ، فَإِنْ كَانَ الحَدُّ جَلْدًا فَقَدْ قَذَفَ حَيًّا فَيُحَدُّ، وَإِنْ كَانَ رَجْمًا قَذَفَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَلا يُحَدُّ، بِخِلافِ مَا نَحْنُ فِيهِ فَإِنَّهَا كَانَتْ شَهَادَةً فِي ذَلِكَ الوَقْتِ، وَبِالرُّجُوعِ انْقَلَبَتْ قَذْفًا بَعْدَ المَوْتِ فَكَانَ قَاذِفًا لِلمَيِّتِ فَيُحَدُّ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ لَمْ يُحَدَّ المَشْهُودُ عَلَيْهِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ كَلامَهُمْ قَذْفٌ فِي الأَصْلِ) يَعْنِي لِكَوْنِهِ صَرِيحًا فِيهِ لَكِنْ سُلِبَ عَنْهُ ذَلِكَ إِذَا صَارَ شَهَادَةً (وَإِنَّمَا يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ بَقِيَ قَذْفًا) وَهَذَا يُنَاقِضُ مَا تَقَدَّمَ؛ لأَنَّهُ قَالَ هُنَاكَ: إِنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ وَهَاهُنَا قَالَ: إِنَّهَا قَذْفٌ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهَا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ لا مُنَافَاةَ بَيْنَهُمَا لأَنَّهُ قَذْفٌ فِي الأَصْلِ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ ثُمَّ يَعُودُ إِلَى مَا كَانَ بِالرُّجُوعِ، وَعَلَى هَذَا لا يَرِدُ قَوْلُ مَنْ يَقُولُ: إِنَّ فِيمَا قَالَ أَصْحَابُنَا مُؤَاخَذَةَ مَنْ لَمْ يَرْجِعْ بِذَنْبِ مَنْ رَجَعَ.

وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ [الأنعام: ١٦٤] لأَنَّ الكُلَّ قَذَفَةٌ عِنْدَ عَدَمِ اتِّصَالِ القَضَاءِ بِالشَّهَادَةِ، فَكُلٌّ مِنْهُمْ مُؤَاخَذٌ بِذَنْبِهِ لا بِذَنْبِ غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانُوا خَمْسَةً فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ) يَعْنِي بَعْدَ الرَّجْمِ لأَنَّ وَضْعَ المَسْأَلَةِ فِي ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (فَلَمَّا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا قَالَ مِنْ قَبْلُ. وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَذْفًا إلخ، وَمَعْنَاهُ يُحَدَّانِ جَمِيعًا، لأَنَّهُ لَمَّا رَجَعَ الثَّانِي لَمْ يَبْقَ مِنَ الشُّهُودِ مَنْ تَتِمُّ بِهِ الحُجَّةُ، وَقَدْ انْفَسَخَتِ الشَّهَادَةُ فِي حَقِّهِمَا بِالرُّجُوعِ فَيُحَدَّانِ.

فَإِنْ قِيلَ: الأَوَّلُ مِنْهُمَا حِينَ رَجَعَ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ حَدٌّ وَلا ضَمَانٌ، فَلَوْ لَزِمَهُ ذَلِكَ لَكَانَ لُزُومُهُ بِرُجُوعِ الثَّانِي وَرُجُوعُ غَيْرِهِ لا يَكُونُ مُلْزِمًا إِيَّاهُ بِالحَدِّ. أُجِيبَ بِأَنَّ الحَدَّ لَمْ يَجِبْ لا لانْعِدَامِ السَّبَبِ بَلْ لِوُجُودِ المَانِعِ وَهُوَ بَقَاءُ الحُجَّةِ التَّامَّةِ، فَإِذَا زَالَ المَانِعُ بِرُجُوعِ الثَّانِي وَجَبَ الحَدُّ عَلَى الأَوَّلِ بِالسَّبَبِ المُتَقَرِّرِ لا بِزَوَالِ المَانِعِ، وَلَوْ اعْتَبَرْنَا هَذَا المَعْنَى لَوَجَبَ القَوْلُ بِأَنَّهُمْ لَوْ رَجَعُوا مَعًا لَمْ يُحَدَّ وَاحِدٌ مِنْهُمْ لأَنَّ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ بِرُجُوعِهِ وَحْدَهُ لَوْ ثَبَتَ أَصْحَابُهُ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَهَذَا بَعِيدٌ.

(وَإِن شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَزُكُّوا فَرُجِمَ فَإِذَا الشُّهُودُ مَجُوسٌ أَو عَبِيدٌ فَالدِّيَةُ عَلَى المُزَكِّينَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) مَعنَاهُ إِذَا رَجَعُوا عَنِ التَّزكِيَةِ (وَقَالا هُوَ عَلَى بَيتِ

المَال) وَقِيل هَذَا إِذَا قَالُوا تَعَمَّدنَا التَّزكِيَةَ مَعَ عِلمِنَا بِحَالِهِم، لهُمَا أَنَّهُم أَثنَوا عَلى الشُّهُودِ خَيرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَثنَوا عَلى المَشهُودِ عَليهِ خَيرًا بِأَن شَهِدُوا بِإِحصَانِهِ. وَلَهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَصِيرُ حُجَّةً عَامِلَةً بِالتَّزكِيَةِ، فَكَانَت التَّزكِيَةُ فِي مَعنَى عِلَّةِ العِلَّةِ فَيُضَافُ الحُكمُ إِليهَا بِخِلافِ شُهُودِ الإِحصَانِ؛ لأَنَّهُ مَحضُ الشَّرطِ. وَلا فَرقَ بَينَ مَا إِذَا شَهِدُوا بِلفظَةِ الشَّهَادَةِ أَو أَخبَرُوا، وَهَذَا إِذَا أَخبَرُوا بِالحُرِّيَّةِ وَالإِسلامِ، أَمَّا إِذَا قَالُوا هُم عُدُولٌ وَظَهَرُوا عَبِيدًا لا يَضمَنُونَ؛ لأَنَّ العَبدَ قَد يَكُونُ عَدلاً، وَلا ضَمَانَ عَلى الشُّهُودِ؛ لأَنَّهُ لم يَقَع كَلامُهُم شَهَادَةً، وَلا يُحَدُّونَ حَدَّ القَذفِ؛ لأَنَّهُم قَذَفُوا حَيًّا وَقَد مَاتَ فَلا يُورَثُ عَنهُ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَزُكُّوا) التَّزْكِيَةُ مِنْ زَكَّى نَفْسَهُ إِذَا مَدَحَهَا، وَتَزْكِيَةُ الشُّهُود الوَصْفُ بِكَوْنِهِمْ أَزْكِيَاءَ، وَإِنْ **شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَزُكُّوا (فَرُجِمَ فَظَهَرَ الشُّهُودُ مَجُوسًا أَوْ عَبِيدًا** فَالدِّيَةُ عَلَى المُزَكِّينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، مَعْنَاهُ إِذَا رَجَعُوا عَنْ التَّزْكِيَةِ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هُوَ) أيْ الضَّمَانُ (عَلَى بَيْت المَال) وَلَمَّا كَانَ قَوْلُهُ رَجَعُوا عَنْ التَّزْكِيَة مُحْتَملا أَنْ يَكُونَ الرُّجُوعُ بِأَنْ يَقُولُوا أَخْطَأْنَا وَذَلكَ لا يُوجبُ الضَّمَانَ بِالاتِّفَاقِ وَأَنْ يَكُونَ بِأَنْ يَقُولُوا تَعَمَّدْنَا التَّزْكِيَةَ مَعَ عِلمنَا بِحَالِهِمْ وَهُوَ مَحَلُّ النِّزَاعِ.

قَال (وَقِيل هَذَا إذَا قَالُوا) يَعْنِي لوْ قَالُوا أَخْطَأْنَا لَمَا وَجَبَ الضَّمَانُ بِالاتِّفَاق، قَالا: المُزَكُّونَ مَا أَثْبَتُوا سَبَبَ الإِتْلاف لأَنَّهُ هُوَ الزِّنَا وَمَا تَعَرَّضُوا لهُ، وَإِنَّمَا أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُود خَيْرًا فَكَانَ كَمَا إذَا أَثْنَوْا عَلَى المَشْهُود عَليْه خَيْرًا فَكَانُوا فِي المَعْنَى كَشُهُود الإِحْصَان، إذْ إنَّ أُولئكَ أَثْبَتُوا خصَالا حَميدَةً فِي الزَّاني وَهَؤُلاء أَثْبَتُوا خصَالا حَميدَةً في الشَّاهد، فَكَمَا لا ضَمَانَ عَلى أُولئكَ كَذَلكَ لا ضَمَانَ عَلى هَؤُلاء. وَقَوْلُهُ (وَلهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ) ظَاهرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) يَعْني وُجُوبَ الضَّمَان عَلى قَوْل أَبي حَنيفَةَ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لمْ يَقَعْ كَلامُهُمْ شَهَادَةً) فيه نَظَرٌ لمَا تَقَدَّمَ أَنَّ كَلامَ كُلٍّ منْهُمْ يَصيرُ شَهَادَةً باتِّصَال القَضَاء به وَقَدْ اتَّصَل به القَضَاءُ، فَمَا وَجْهُ قَوْله؛ لأَنَّهُ لمْ يَقَعْ كَلامُهُمْ شَهَادَةً؟ وَالجَوَابُ أَنَّ القَضَاءَ لَمَّا ظَهَرَ خَطَؤُهُ بيَقينٍ صَارَ كَأَنْ لمْ يَكُنْ فَلمْ يَتَّصل القَضَاءُ بكَلامهمْ فَلمْ يَصرْ شَهَادَةً.

فَإِنْ قِيل: فَلمَ لا تَحُدُّ الشُّهُودَ؟ قُلت: لأَنَّهُمْ قَذَفُوا حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَلا يُورَثُ عَنْهُ، وَإِلَيْهِ الإِشَارَةُ فِي الكِتَاب.

لا يُقَالُ: لَمَ لَمْ يُجْعَل قَذْفًا للمَيِّت للحَال بطَرِيقِ الانْقِلابِ كَمَا فِي صُورَةِ الرُّجُوعِ عَنْ الشَّهَادَة. لأَنَّا نَقُولُ: علةُ الانْقِلابِ الرُّجُوعُ عَنْ الشَّهَادَةِ وَلَمْ يُوجَدْ. فَإِنْ قِيل: لَمَ لا يَكُونُ ظُهُورُهُمْ عَبِيدًا أَوْ مَجُوسًا علةً للانْقِلابِ كَالرُّجُوعِ؟ فَالجَوَابُ أَنَّ الانْقِلابَ صَيْرُورَةُ الشَّهَادَةِ قَذْفًا، وَكَلامُهُمْ لَمْ يَقَعْ شَهَادَةً.

(وَإِذَا شَهِدَ أَربعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَأَمَرَ القَاضِي بِرَجمِهِ فَضَرَبَ رَجُلٌ عُنُقَهُ ثُمَّ وَجَدَ الشُّهُودَ عَبِيدًا فَعَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ) وَفِي القِيَاسِ يَجِبُ القِصَاصُ؛ لأَنَّهُ قَتَل نَفسًا مَعصُومَةً بِغَيرِ حَقٍّ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ القَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَقتَ القَتل فَأَورَثَ شُبهَةً، بِخِلافِ مَا إِذَا قَتَلَهُ قَبل القَضَاءِ؛ لأَنَّ الشَّهَادَةَ لم تَصِر حُجَّةً بَعدُ، وَلأَنَّهُ ظَنَّهُ مُبَاحَ الدَّمِ مُعتَمِدًا عَلَى دَلِيلٍ مُبِيحٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا ظَنَّهُ حَربِيًّا وَعَلَيهِ عَلامَتُهُم، وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ؛ لأَنَّهُ عَمدٌ، وَالعَوَاقِلُ لا تَعقِلُ العَمدَ، وَيَجِبُ ذَلِكَ فِي ثَلاثِ سِنِينَ؛ لأَنَّهُ وَجَبَ بِنَفسِ القَتلِ (وَإِن رُجِمَ ثُمَّ وُجِدُوا عَبِيدًا فَالدِّيَةُ عَلَى بَيتِ المَالِ)؛ لأَنَّهُ امتَثَل أَمرَ الإِمَامِ فَنَقَل فِعلَهُ إِليهِ، وَلو بَاشَرَهُ بِنَفسِهِ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيتِ المَال لمَا ذَكَرنَا كَذَا هَذَا، بِخِلافِ مَا إِذَا ضَرَبَ عُنُقَهُ؛ لأَنَّهُ لم يَأتَمِر أَمرَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّ القَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَقْتَ القَتْل) يَعْنِي أَنَّ القَضَاءَ وُجِدَ صُورَةً وَصُورَةُ قَضَاءِ القَاضِي تَكْفِي لإِيرَاثِ الشُّبْهَة، لأَنَّهُ لوْ كَانَ حَقِيقَةً كَانَ مُبِيحًا للدَّمِ، فَصُورَتُهُ تَكُونُ شُبْهَةً كَالنِّكَاحِ الفَاسِدِ يُجْعَلُ شُبْهَةً فِي إِسْقَاطِ الحَدِّ، وَلهَذَا لا يَجِبُ القِصَاصُ عَلَى الوَلِيِّ إِذَا جَاءَ المَشْهُودُ بِقَتْله حَيًّا.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ رَجَمَ) عَلَى بِنَاءِ الفَاعِل: أَيْ الرَّجُلُ الذي ضَرَبَ عُنُقَهُ لَمْ يَضْرِبْهُ وَإِنَّمَا رَجَمَهُ (ثُمَّ وُجِدُوا) أَيْ الشُّهُودُ (عَبِيدًا فَالدِّيَةُ عَلى بَيْت المَال لأَنَّهُ امْتَثَل أَمْرَ الإِمَامِ فَنَقَل فِعْلَهُ) أَيْ فِعْل الرَّاجِمِ (إِلى الإِمَامِ، وَلوْ بَاشَرَهُ) الإِمَامُ (بِنَفْسِه وَجَبَتْ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَال لمَا ذَكَرْنَا) أَنَّ فِعْل الجَلادِ يَنْتَقِلُ إِلى القَاضِي وَهُوَ عَامِلٌ للمُسْلمِينَ فَتَجِبُ الغَرَامَةُ فِي مَالهِمْ (كَذَا هَذَا، بِخِلافِ مَا إِذَا ضَرَبَ عُنُقَهُ لأَنَّهُ لَمْ يَأْتَمِرْ أَمْرَهُ) لأَنَّهُ أَمَرَهُ

بِالرَّجْمِ دُونَ حَزِّ الرَّقَبَةِ فَلَمْ يَنْتَقِل فِعْلُهُ إِلَيْهِ.

(وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا وَقَالُوا تَعَمَّدنَا النَّظَرَ قُبِلت شَهَادَتُهُم)؛ لأَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ لهُم ضَرُورَةَ تَحَمُّل الشَّهَادَةِ فَأَشبَهَ الطَّبِيبَ وَالقَابِلَةَ

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا وَقَالُوا تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ) إلى مَوْضِعِ الزِّنَا مِنْ الزَّانِيَيْنِ (قُبِلتْ شَهَادَتُهُمْ) لَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لشَمْسِ الأَئِمَّةِ: قَال بَعْضُ العُلَمَاءِ: لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ لإِقْرَارِهِمْ بِالفِسْقِ عَلى أَنْفُسِهِمْ، فَإِنَّ النَّظَرَ إلى عَوْرَةِ الغَيْرِ قَصْدًا فِسْقٌ، وَإِنَّمَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ إذَا لَمْ يُبَيِّنُوا كَيْفِيَّةَ النَّظَرِ لاحْتِمَال أَنْ يَكُونَ ذَلكَ وَقَعَ اتِّفَاقًا لا قَصْدًا، وَلكِنَّا نَقُولُ: النَّظَرُ إلى عَوْرَةِ الغَيْرِ عِنْدَ الحَاجَةِ يَجُوزُ شَرْعًا، فَإِنَّ الخَتَّانَ يَنْظُرُ وَالقَابِلَةَ تَنْظُرُ وَالنِّسَاءَ يَنْظُرْنَ لَمِعْرِفَةِ البَكَارَةِ، وَبِالشُّهُودِ حَاجَةٌ إلى ذَلكَ لأَنَّهُمْ مَا لَمْ يَرَوْا كَالرِّشَاءِ فِي البِئْرِ وَالمِيْلِ فِي المُكْحُلَةِ لا يَسَعُهُمْ أَنْ يَشْهَدُوا.

(وَإِذَا شَهِدَ أَربَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَأَنكَرَ الإِحصَانَ وَلهُ امرَأَةٌ قَد وَلدَت مِنهُ فَإِنَّهُ يُرجَمُ) مَعنَاهُ أَن يُنكِرَ الدُّخُول بَعدَ وُجُودِ سَائِرِ الشَّرَائِطِ؛ لأَنَّ الحُكمَ بِثَبَاتِ النَّسَبِ مِنهُ حُكمٌ بِالدُّخُول عَليهِ، وَلهَذَا لو طَلقَهَا يُعقِبُ الرَّجعَةَ وَالإِحصَانَ يَثبُتُ بِمِثلهِ (فَإِن لم تَكُن وَلدَت مِنهُ وَشَهِدَ عَليهِ بِالإِحصَانِ رَجُلٌ وَامرَأَتَانِ رُجِم) خِلافًا لزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ؛ فَالشَّافِعِيُّ مَرَّ عَلى أَصلهِ أَنَّ شَهَادَتَهُنَّ غَيرُ مَقبُولةٍ فِي غَيرِ الأَموَال.

وَزُفَرُ يَقُولُ إِنَّهُ شَرطٌ فِي مَعنَى العِلةِ؛ لأَنَّ الجِنَايَةَ تَتَغَلظُ عِندَهُ فَيُضَافُ الحُكمُ إليهِ فَأَشبَهَ حَقِيقَةَ العِلةِ فَلا تُقبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيهِ احتِيَالا للدَّرءِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ ذِمِّيَّانِ عَلى ذِمِّيٍّ زَنَى عَبدُهُ المُسلمُ أَنَّهُ أَعتَقَهُ قَبل الزِّنَا لا تُقبَلُ لَمَا ذَكَرنَا. وَلنَا أَنَّ الإِحصَانَ عِبَارَةٌ عَن الخِصَال الحَمِيدَةِ، وَأَنَّهَا مَانِعَةٌ مِن الزِّنَا عَلى مَا ذَكَرنَا فَلا يَكُونُ فِي مَعنَى العِلةِ وَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِهِ فِي غَيرِ هَذِهِ الحَالةِ، بِخِلافِ مَا ذُكِرَ؛ لأَنَّ العِتقَ يَثبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا، وَإِنَّمَا لا يَثبُتُ سَبقُ التَّارِيخِ لأَنَّهُ يُنكِرُهُ المُسلمُ أَو يَتَضَرَّرُ بِهِ المُسلمُ (فَإِن رَجَعَ شُهُودُ الإِحصَانِ لا يَضمَنُونَ) عِندَنَا خِلافًا لزُفَرَ وَهُوَ فَرعُ مَا تَقَدَّمَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالإِحْصَانُ يَثْبُتُ بِمِثْلِهِ) أَيْ بِمِثْلِ هَذَا الدَّلِيلِ الذي فِيهِ شُبْهَةٌ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عِنْدَنَا، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا يَثْبُتُ الدُّخُولُ الذي هُوَ مِنْ شُرُوطِ الإِحْصَانِ بِالحُكْمِ بِثُبُوتِ النَّسَبِ. وَقَوْلُهُ (خِلافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، فَالشَّافِعِيُّ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ، وَزُفَرُ جَعَلَ الإِحْصَانَ شَرْطًا فِي مَعْنَى العِلةِ لأَنَّ الجِنَايَةَ تَتَغَلظُ عِنْدَهُ فَيُضَافُ الحُكْمُ إِلَيْهِ فَأَشْبَهَ حَقِيقَةَ العِلةِ) وَيَتَرَتَّبُ عَلَى ذَلِكَ أَمْرَانِ: أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ بِأَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ لا تُقْبَلُ فِيهِ. وَالثَّانِي أَنَّ شُهُودَ الإِحْصَانِ إِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الرَّجْمِ يَضْمَنُونَ عِنْدَهُ عَلَى مَا سَيَأْتِي، لأَنَّ شُهُودَ العِلةِ يَضْمَنُونَ عِنْدَ الرُّجُوعِ بِالاتِّفَاقِ. وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ ذِمِّيَّانِ عَلَى ذِمِّيٍّ إلخْ) يَعْنِي أَنَّ الزَّانِيَ **لَوْ كَانَ مَمْلُوكًا لِذِمِّيٍّ وَهُوَ مُسْلِمٌ فَشَهِدَ ذِمِّيَّانِ أَنَّ مَوْلاهُ الذِّمِّيَّ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الزِّنَا** يُرْجَمُ مَعَ أَنَّ شَهَادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَى الذِّمِّيِّ بِالعِتْقِ مَقْبُولَةٌ لَكِنْ لَمَّا كَانَ المَقْصُودُ هَاهُنَا تَكْمِيلَ العُقُوبَةِ عَلَى المُسْلِمِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَهَذَا مِثْلُهُ.

وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي أَنَّ الإِحْصَانَ شَرْطٌ فِي مَعْنَى العِلةِ (وَلَنَا أَنَّ الإِحْصَانَ عِبَارَةٌ عَنْ الخِصَالِ الحَمِيدَةِ) بَعْضُهَا لَيْسَ مِنْ صُنْعِ المَرْءِ كَالحُرِّيَّةِ وَالعَقْلِ، وَبَعْضُهَا فَرْضٌ عَلَيْهِ كَالإِسْلامِ، وَبَعْضُهَا مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالدُّخُولِ بِالمَنْكُوحَةِ (وَالحَالُ أَنَّهُ مَانِعٌ عَنْ الزِّنَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا) قَبْلَ بَابِ الوَطْءِ الذي يُوجِبُ الحَدَّ فَيَكُونُ الكُلُّ مَزْجَرَةً، وَكُلُّ مَا يَكُونُ مَانِعًا عَنْ الزِّنَا لا يَكُونُ عِلةً لِلعُقُوبَةِ الغَلِيظَةِ.

(وَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِهِ) أَيْ بِالنِّكَاحِ (فِي غَيْرِ هَذِهِ الحَالَةِ) يَعْنِي لَوْ **شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَنَّ فُلانًا تَزَوَّجَ هَذِهِ المَرْأَةَ وَدَخَلَ بِهَا فِي غَيْرِ حَالَةِ الزِّنَا** قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا (بِخِلافِ مَا ذَكَرَ) يَعْنِي زُفَرَ مِنْ شَهَادَةِ الذِّمِّيَّيْنِ عَلَى ذِمِّيٍّ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ قَبْلَ الزِّنَا (لأَنَّ العِتْقَ) هُنَاكَ (يَثْبُتُ) أَيْضًا (بِشَهَادَتِهِمَا وَإِنَّمَا لا يَثْبُتُ سَبْقُ التَّارِيخِ لأَنَّهُ) تَارِيخٌ (يُنْكِرُهُ المُسْلِمُ أَوْ يَتَضَرَّرُ بِهِ) مِنْ حَيْثُ إِقَامَةُ العُقُوبَةِ الكَامِلةِ عَلَيْهِ، وَمَا يُنْكِرُهُ المُسْلِمُ أَوْ يَتَضَرَّرُ بِهِ لا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ أَهْلِ الذِّمَّةِ. فَلَوْ قُلنَا بِجَوَازِ هَذِهِ الشَّهَادَةِ كَانَ ذَلِكَ قَوْلا بِجَوَازِ شَهَادَةِ الكَافِرِ عَلَى المُسْلِمِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الإِحْصَانِ لا يَضْمَنُونَ) أَحَدُ الأَمْرَيْنِ المُتَرَتِّبَيْنِ عَلَى الأَصْلِ الذي ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

بَابُ حَدِّ الشُّرب

(وَمَن شَرِبَ الخَمرَ فَأُخِذَ وَرِيحُهَا مَوجُودَةٌ أَو جَاءُوا بِهِ سَكرَانَ فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيهِ بِذَلكَ فَعَلَيهِ الحَدُّ، وَكَذَلكَ إذَا أَقَرَّ وَرِيحُهَا مَوجُودَةٌ) لأَنَّ جِنَايَةَ الشُّربِ قَد ظَهَرَت وَلَم يَتَقَادَم العَهدُ. وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن شَرِبَ الخَمرَ فَاجلدُوهُ، فَإِن عَادَ فَاجلدُوهُ»[1]. (وَإِن أَقَرَّ بَعدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا لم يُحَدَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: يُحَدُّ) وَكَذَلكَ إذَا شَهِدُوا عَلَيهِ بَعدَ مَا ذَهَبَ رِيحُهَا وَالسُّكرُ لم يُحَدَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: يُحَدُّ، فَالتَّقَادُمُ يَمنَعُ قَبُول الشَّهَادَةِ بِالاتِّفَاقِ، غَيرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِندَهُ اعتِبَارًا بِحَدِّ الزِّنَا، وَهَذَا لأَنَّ التَّأخِيرَ يَتَحَقَّقُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ وَالرَّائِحَةُ قَد تَكُونُ مِن غَيرِهِ، كَمَا قِيل:

يَقُولُونَ لِي انكَهْ شَرِبتَ مُدَامَةً   فَقُلتُ لهُم لا بَل أَكَلتُ السَّفَرجَلا

وَعِندَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَال الرَّائِحَةِ لقَول ابنِ مَسعُودٍ: فَإِن وَجَدتُم رَائِحَةَ الخَمرِ فَاجلدُوهُ. وَلأَنَّ قِيَامَ الأَثَرِ مِن أَقوَى دَلالَةٍ عَلَى القُربِ، وَإِنَّمَا يُصَارُ إلى التَّقدِيرِ بِالزَّمَانِ عِندَ تَعَذُّرِ اعتِبَارِهِ، وَالتَّمييزُ بَينَ الرَّوَائِحِ مُمكِنٌ للمُستَدِل، وَإِنَّمَا تَشتَبِهُ عَلَى الجُهَّال. وَأَمَّا الإقرَارُ فَالتَّقَادُمُ لا يُبطِلُهُ عِندَ مُحَمَّدٍ كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا عَلَى مَا مَرَّ تَقرِيرُهُ. وَعِندَهُمَا لا يُقَامُ الحَدُّ إلا عِندَ قِيَامِ الرَّائِحَةِ، لأَنَّ حَدَّ الشُّربِ ثَبَتَ بِإِجمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَلا إجمَاعَ إلا بِرَأيِ ابنِ مَسعُودٍ وَقَد شَرَطَ قِيَامَ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا رَوَينَا.

الشرح:

(بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ): إِنَّمَا أَخَّرَ حَدَّ الشُّرْبِ عَنْ حَدِّ الزِّنَا؛ لأَنَّ جَرِيمَةَ الزِّنَا أَشَدُّ مِنْ جَرِيمَةِ شُرْبِ الخَمْرِ فَإِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قَتْلِ النَّفْسِ، فَإِنَّ اللهَ تَعَالَى قَرَنَ ذِكْرَهُ بِعِبَادَةِ الأَصْنَامِ وَقَتْلِ النَّفْسِ حَيْثُ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَـٰهًا ءَاخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ﴾ [الفرقان: ٦٨] وَلهَذَا لَمْ يَحِل فِي دَيْنٍ مِنْ الأَدْيَانِ وَأَخَّرَ حَدَّ القَذْفِ عَنْ حَدِّ الشُّرْبِ لِمَا أَنَّ جَرِيمَةَ الشُّرْبِ مُتَيَقَّنٌ بِهَا، بِخِلافِ جَرِيمَةِ القَذْفِ فَإِنَّ القَذْفَ خَبَرٌ مُحْتَمَلٌ بَيْنَ الصِّدْقِ وَالكَذِبِ، وَلهَذَا كَانَ ضَرْبُ حَدِّ

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٨٤)، والنسائي (٥٢٣٣)، وابن ماجه (٢٥٧٢)، وأحمد (٢/٥٠٤) عن أبي هريرة والحديث يرو ى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٣/٥٣٠).

القَذْفِ أَخَفَّ مِنْ ضَرْبِ حَدِّ الشُّرْبِ لِضَعْفٍ فِي ثُبُوتِ القَذْفِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الزِّنَا فَلا يَكُونُ قَذْفًا.

(وَمَنْ شَرِبَ الخَمْرَ فَأُخِذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ أَوْ جَاءُوا بِهِ سَكْرَانَ فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى الشَّارِبِ (بِذَلِكَ) أَيْ بِشُرْبِ الخَمْرِ وَوُجُودِ الرَّائِحَةِ مِنْ بَابِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿عَوَانٌۢ بَيْنَ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٦٨] (أَوْ **شَهِدُوا عَلَى شُرْبِ الخَمْرِ مَعَ مَجِيئِهِمْ بِهِ وَهُوَ سَكْرَانُ** فَعَلَيْهِ الحَدُّ) وَظَاهِرُهُ يَقْتَضِي أَنْ لا تُشْتَرَطَ الرَّائِحَةُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ بِالسُّكْرِ مِنْ الخَمْرِ، وَلَكِنْ الرِّوَايَاتُ فِي الشُّرُوحِ مُقَيَّدَةٌ بِوُجُودِ الرَّائِحَةِ فِي حَقِّ وُجُوبِ الحَدِّ عَلَى شَارِبِ الخَمْرِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ سَوَاءٌ ثَبَتَ وُجُوبُ الحَدِّ بِالشَّهَادَةِ أَوْ بِالإِقْرَارِ (وَالأَصْلُ فِيهِ) أَيْ فِي وُجُوبِ الحَدِّ قَوْلُهُ ﷺ «**مَنْ شَرِبَ الخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ**» قِيلَ تَمَامُ الحَدِيثِ «**فَإِنْ عَادَ فَاقْتُلُوهُ**» وَهُوَ مَتْرُوكُ العَمَلِ بِهِ فَلْيَكُنْ البَاقِي كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ تُرِكَ العَمَلُ بِذَلِكَ لِمُعَارِضٍ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا بِإِحْدَى ثَلاثٍ**» وَلَيْسَ شُرْبُ الخَمْرِ مِنْهَا، فَبَقِيَ البَاقِي مَعْمُولا بِهِ لِعَدَمِ المُعَارِضِ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ الشَّهْرُ (اعْتِبَارًا بِحَدِّ الزِّنَا) وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) يَعْنِي تَقْدِيرَ الزَّمَانِ وَعَدَمَ اعْتِبَارِ الرَّائِحَةِ (لأَنَّ التَّأْخِيرَ يَتَحَقَّقُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ) فَلا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ زَمَانٍ، وَأَمَّا أَنَّ ذَلِكَ سِتَّةُ أَشْهُرٍ أَوْ شَهْرٌ وَاحِدٌ فَيُعْلَمُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ (وَأَمَّا عَدَمُ اعْتِبَارِ الرَّائِحَةِ فَلأَنَّهَا مُحْتَمَلَةٌ أَنْ تَكُونَ مِنْ غَيْرِهَا كَمَا قِيلَ: يَقُولُونَ لِي انْكِه قَدْ شَرِبْت مُدَامَةً فَقُلْت لَهُمْ لا بَلِ أَكَلْت السَّفَرْجَلا) وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ وَهِيَ رِوَايَةُ المُطَرِّزِيِّ بِكَلِمَةِ قَدْ، وَقَدْ رُوِيَ بِدُونِهَا وَهِيَ رِوَايَةُ الفُقَهَاءِ، فَعَلَى الأُولَى تَسْقُطُ هَمْزَةُ الوَصْلِ مِنْ انْكِه فِي اللَّفْظِ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ تُحَرَّكُ بِالكَسْرِ لِضَرُورَةِ الشِّعْرِ وَالمُدَامَةُ بِمَعْنَى المُدَامِ وَهُوَ الخَمْرُ (وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ) وَلأَنَّ) المُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ القُرْبُ وَ (قِيَامُ الأَثَرِ) وَهُوَ الرَّائِحَةُ (مِنْ أَقْوَى الدَّلائِلِ عَلَى القُرْبِ).

وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ) جَوَابٌ عَنْ الاعْتِبَارِ بِالزَّمَانِ: أَيْ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اعْتِبَارِ الأَثَرِ. وَقَوْلُهُ (وَالتَّمْيِيزُ بَيْنَ الرَّوَائِحِ مُمْكِنٌ

للمُسْتَدل) جَوابٌ عَنْ قَوْله وَالرَّائحَةُ قَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِه هَذَا بالنِّسْبَة إلى الإثْبَات بالبَيِّنة (وَأمَّا الإقْرَارُ فَالتَّقَادُمُ لا يُبْطلُهُ عنْدَ مُحَمَّد كَمَا في حَدِّ الزِّنَا عَلى مَا مَرَّ تَقْريرُهُ) أنَّ الإنْسَانَ لا يَكُونُ مُتَّهَمًا بالنِّسْبَة إلى نَفْسه (وَعنْدَهُمَا لا يُقَامُ الحَدُّ إلا عنْدَ قيَام الرَّائحَة، لأنَّ حَدَّ الشُّرْب ثَبَتَ بإجْمَاع الصَّحَابَة، وَلا إجْمَاعَ إلا برَأْي ابْن مَسْعُود وَقَدْ شَرَطَ قيَامَ الرَّائحَة عَلى مَا رَوَيْنَا) يَعْني قَوْلَهُ " فَإنْ وَجَدْتُمْ رَائحَةَ الخَمْر فَاجْلدُوهُ " وَفيه نَظَرٌ لأنَّ الإجْمَاعَ انْعَقَدَ عَلى ثُبُوت حَدِّ الشُّرْب باتِّفَاق ابْن مَسْعُود، وَلكنْ لا دَليل عَلى أنَّ الشَّرْطَ الذي شَرَطَهُ ابْنُ مَسْعُود وَهُوَ قيَامُ الرَّائحَة أجْمَعَ عَلَيْه البَاقُونَ، وَأيْضًا كَلامُ ابْن مَسْعُود شَرْطيَّةٌ وَالشَّرْطيَّةُ تُفيدُ الوُجُودَ عنْدَ الوُجُود لا غَيْرُ. وَجَوَابُ الإمَام فَخْر الإسْلام بأنَّ العَدَمَ عنْدَ العَدَم لَيْسَ منْ مَفْهُوم الشَّرْط بَل منْ انْتفَاء المُجْمَع عَلَيْه مَدْفُوعٌ بمَا ذَكَرْنَا أوَّلا، وَأيْضًا ذَكَرَ في أوَّل البَاب أنَّهُ ثَابتٌ بقَوْله ﷺ: «**مَنْ شَربَ الخَمْرَ فَاجْلدُوهُ**» وَقَال هَاهُنَا إنَّهُ ثَابتٌ بإجْمَاع الصَّحَابَة وَهُمَا مُتَنَافيَان، وَأيْضًا اشْترَاطُ الرَّائحَة مُنَاف لإطْلاق قَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**مَنْ شَربَ الخَمْرَ فَاجْلدُوهُ**».

(وإن أخذَهُ الشُّهُودُ وَرِيحُهَا تُوجَدُ مِنهُ أو سَكرَانُ فَذهَبُوا بِهِ مِن مِصرٍ إلى مِصرٍ فِيهِ الإمَامُ فَانقطَعَ ذَلكَ قَبلَ أن يَنتهُوا بِهِ حُدَّ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) لأنَّ هَذَا عُذرٌ كَبُعدِ المَسَافَةِ فِي حَدِّ الزِّنَا وَالشَّاهِدُ لا يُتَّهَمُ فِي مِثلِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَرِيحُهَا تُوجَدُ منْهُ) ظَاهرٌ.

(وَمَن سَكِرَ مِن النَّبِيذِ حُدَّ) لمَا رُوِيَ أنَّ عُمَرَ أقَامَ الحدَّ عَلى أعرَابِيٍّ سَكِرَ مِن النَّبِيذِ. وَسَنُبَيِّنُ الكلامَ فِي حَدِّ السُّكرِ وَمِقدَارِ حَدِّهِ المُستَحَقِّ عَليهِ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى.

الشرح:

قَال (وَمَنْ سَكرَ منْ النَّبيذ حُدَّ) النَّبيذُ يَقَعُ عَلى نَبيذ الزَّبيب وَالتَّمْر، وَمَا يُتَّخَذُ منْ الزَّبيب شَيْئَان: نَقيعٌ وَنَبيذٌ. فَالنَّقيعُ أنْ يُنْقَعَ الزَّبيبُ في المَاء وَيُتْرَكَ أيَّامًا حَتَّى تَخْرُجَ حَلاوَتُهُ إلى المَاء ثُمَّ يُطْبَخَ أدْنَى طَبْخ، فَمَا دَامَ حُلْوًا يَحلُّ شُرْبُهُ، وَإذَا غَلا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بالزَّبَد يَحْرُمُ. وَأمَّا النَّبيذُ فَهُوَ الذي منْ مَاء الزَّبيب إذَا طُبخَ أدْنَى طَبْخ يَحلُّ شُرْبُهُ مَا دَامَ حُلْوًا فَإذَا غَلا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بالزَّبَد عَلى قَوْل أبي حَنيفَةَ وَقَوْل أبي يُوسُفَ الآخر

يَحِلُّ شُرْبُهُ مَا دُونَ السُّكْرِ. وَعِنْدَ مُحَمَّد وَالشَّافِعِيِّ لا يَحِلُّ شُرْبُهُ. وَمَا يُتَّخَذُ مِنْ التَّمْرِ ثَلاثَةٌ: السُّكْرُ وَالفَضِيخُ وَالنَّبِيذُ. فَالنَّبِيذُ هُوَ مَاءُ التَّمْرِ إِذَا طُبِخَ أَدْنَى طَبْخٍ يَحِلُّ شُرْبُهُ فِي قَوْلِهِمْ مَا دَامَ حُلوًا، وَإِذَا غَلا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَد عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَحِلُّ شُرْبُهُ لِلتَّدَاوِي وَالتَّقَوِّي إلا القَدَحَ المُسْكِرَ. وَقَال مُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: لا يَحِلُّ. وَاخْتَلَفُوا فِي وُجُوبِ الحَدِّ، وَسَيَجِيءُ بَيَانُهُ فِي الأَشْرِبَةِ. وَأَمَّا الكَلامُ فِي حَدِّ السُّكْرِ وَمِقْدَارِ حَدِّهِ فَسَيُذْكَرُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى.

(وَلا حَدَّ عَلى مَن وُجِدَ مِنهُ رَائِحَةُ الخَمرِ أَو تَقَيَّأَهَا) لأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحتَمَلَةٌ، وَكَذَا الشُّربُ قَد يَقَعُ عَن إِكرَاهٍ أَو اضطِرَارٍ (وَلا يُحَدُّ السَّكرَانُ حَتَّى يُعلمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِن النَّبِيذِ وَشَرِبَهُ طَوعًا) لأَنَّ السُّكرَ مِن المُبَاحِ لا يُوجِبُ الحَدَّ كَالبَنجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ، وَكَذَا شُربُ المُكرَهِ لا يُوجِبُ الحَدَّ (وَلا يُحَدُّ حَتَّى يَزُول عَنهُ السُّكرُ) تَحصِيلا لِمَقصُودِ الانزِجَارِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا حَدَّ عَلى مَنْ وُجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الخَمْرِ أَوْ تَقَيَّأَهَا) **يَعْنِي إِذَا لَمْ يُشَاهَدْ مِنْهُ الشُّرْبُ** (لأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ) فَإِنْ قِيلَ: هَذَا التَّعْلِيلُ مُنَاقِضٌ لِمَا ذُكِرَ قَبْلَهُ وَهُوَ قَوْلُهُ وَالتَّمْيِيزُ بَيْنَ الرَّوَائِحِ مُمْكِنٌ لِلمُسْتَدِل. أُجِيبَ بِأَنَّ الاحْتِمَال فِي نَفْسِ الرَّوَائِحِ قَبْل الاسْتِدْلال وَالتَّمْيِيزُ بَعْدَ الاسْتِدْلال عَلى وَجْه الاسْتِقْصَاءِ أَوْ التَّمْيِيزُ مُمْكِنٌ لِمَنْ عَايَنَ الشُّرْبَ وَالاحْتِمَالُ لِمَنْ لَمْ يُعَايِنْهُ. وَأَقُولُ: وَالجَوَابُ الثَّانِي أَحْسَنُ لاشْتِمَاله عَلى تَفْسِيرِ المُسْتَدل فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ المُسْتَدل هُوَ مَنْ مَعَهُ دَلِيلٌ وَهُوَ مُعَايَنَةُ الشُّرْبِ وَالجَاهِلُ هُوَ مَنْ لَيْسَ مَعَهُ ذَلِكَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ لأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ عَلى مَذْهَبِ مُحَمَّد وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الشُّرْبُ قَدْ يَقَعُ عَنْ إِكْرَاه أَوْ اضْطِرَار) عَلى قَوْلِهِمَا. وَلا يُحَدُّ السَّكْرَانُ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنْ النَّبِيذ وَشَرِبَهُ طَوْعًا لأَنَّ **السُّكْرَ مِنْ** المُبَاحِ لا يُوجِبُ الحَدَّ كَالبَنْجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ) وَالَّذِي ذَكَرَهُ مِنْ إِبَاحَةِ البَنْجِ مُوَافِقٌ لِعَامَّةِ الكُتُبِ خَلا رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلإِمَامِ المَحْبُوبِيِّ، فَإِنَّهُ اسْتَدَل عَلى حُرْمَةِ **الأَشْرِبَةِ المُتَّخَذ مِنْ الحُبُوب كَالحِنْطَة وَالشَّعِيرِ وَالذُّرَة وَالعَسَل وَغَيْرِهَا**، وَقَال: السُّكْرُ مِنْ هَذه الأَشْرِبَة حَرَامٌ بِالإِجْمَاعِ لأَنَّ السُّكْرَ مِنْ البَنْجِ حَرَامٌ مَعَ أَنَّهُ مَأْكُولٌ فَمِنْ المَشْرُوب أَوْلَى. كَذَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النِّهَايَة، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لأَنَّ رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِلإِمَامِ المَحْبُوبِيِّ تَدُلُّ عَلى أَنَّ السُّكْرَ الحَاصِلَ مِنْ البَنْجِ حَرَامٌ لا عَلى أَنَّ البَنْجَ حَرَامٌ، وَكَلامُ المُصَنِّفِ يَدُلُّ عَلى أَنَّ

البَنْجَ مُبَاحٌ وَلا تَنَافِي بَيْنَهُمَا

(وَحَدُّ الخَمرِ وَالسُّكرِ فِي الحُرِّ ثَمَانُونَ سَوطًا) لإجماعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم (يُفرَّقُ على بَدَنِهِ كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا على مَا مَرَّ) ثُمَّ يُجرَّدُ فِي المَشهُودِ مِن الرِّوَايَةِ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لا يُجرَّدُ إظهَارًا للتَّخفِيفِ لأَنَّهُ لم يَرِد بِهِ نَصٌّ. وَوَجهُ المَشهُورِ أَنَّا أَظهَرنَا التَّخفِيفَ مَرَّةً فَلا يُعتَبَرُ ثَانِيًا (وَإِن كَانَ عَبدًا فَحَدُّهُ أَربَعُونَ سَوطًا) لأَنَّ الرِّقَّ مُتَّصِفٌ عَلَى مَا عُرِفَ.

الشرح:

(وَحَدُّ الخَمْرِ وَ) حَدُّ (السُّكْرِ) مِنْ غَيْرِ الخَمْرِ (فِي الحُرِّ ثَمَانُونَ سَوْطًا لإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، يُفَرَّقُ عَلى بَدَنِه كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا عَلى مَا مَرَّ) فِي أَنَّهُ يُضْرَبُ كُلُّ البَدَنِ مَا خَلا الوَجْهَ وَالرَّأْسَ وَالفَرْجَ (ثُمَّ يُجَرَّدُ) عَنْ ثِيَابِه (فِي المَشْهُورِ مِنَ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لا يُجَرَّدُ عَنْ ثِيَابِه إِظْهَارًا للتَّخْفِيفِ لأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِه) أَيْ بِالحَدِّ (نَصٌّ) قَاطِعٌ أَوْ بِالتَّجْرِيدِ (وَوَجْهُ المَشْهُورِ أَنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ مَرَّةً) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ العَدَدُ حَيْثُ لَمْ نَجْعَلْهُ مِائَةً كَمَا فِي الزِّنَا (فَلا يُعْتَبَرُ ثَانِيًا) وَفِيه بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ، الأَوَّل أَنَّهُ لَيْسَ لأَحَدٍ مِنَ المُجْمعِينَ التَّصَرُّفُ فِي المُقَدَّرَاتِ الشَّرْعِيَّة. وَالثَّانِي أَنَّ الثَّمَانِينَ تَغْلِيظٌ لا تَخْفِيفٌ لأَنَّهُ رُوِيَ أَنَّهُمْ ضَرَبُوا فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالأَكْمَامِ وَبِالأَيْدِي وَغَيْرِ ذَلكَ ثُمَّ جَلدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ ثُمَّ جَلدَ عُمَرُ أَرْبَعِينَ، فَالتَّقْدِيرُ بَعْدَ ذَلكَ بِثَمَانِينَ تَغْلِيظٌ لا تَخْفِيفٌ. وَالجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ إِنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ كَلامٌ عَنْ لِسَانِ المُجْتَهِدِينَ، وَالتَّخْفِيفُ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ اللهَ تَعَالى جَازَ لَهُ أَنْ يُقَدِّرَ حَدَّ الشُّرْبِ مِائَةً كَحَدِّ الزِّنَا إِذْ هُوَ الفَاعِلُ المُخْتَارُ، وَحَيْثُ لَمْ يَنُصَّ عَلى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ كَانَ تَخْفِيفًا مِنْهُ، وَلَمَا جَعَلهُ الصَّحَابَةُ مُعْتَبَرًا بِحَدِّ المُفْتَرِينَ ظَهَرَ التَّخْفِيفُ فَلَمْ يُقَدِّرُوا بِشَيْءٍ وَإِنَّمَا أَظْهَرُوا التَّخْفِيفَ الذِي كَانَ ثَابِتًا بِتَرْكِ التَّنْصِيصِ، وَإِلَيْه أَشَارَ بِقَوْلِه أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ، وَللهِ دَرُّ لطَائِفِه.

(وَمَن أَقَرَّ بِشُربِ الخَمرِ وَالسَّكَرِ ثُمَّ رَجَعَ لم يُحَدَّ) لأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الخَمْرِ وَالسَّكَرِ) بِفَتْحَتَيْنِ وَهُوَ عَصِيرُ الرُّطَبِ إِذَا اشْتَدَّ، وَقِيل السُّكْرُ كُلُّ شَرَابٍ مُسْكِرٍ.

(وَيَثبُتُ الشُّربُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَينِ وَ) يَثبُتُ (بِالإِقرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَشتَرِطُ الإِقرَارَ مَرَّتَينِ وَهُوَ نَظِيرُ الاختِلافِ فِي السَّرِقَةِ، وَسَنُبَيِّنُهَا هُنَاكَ إن شَاءَ اللهُ (وَلا تُقبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ) لأَنَّ فِيهَا شُبهَةَ البَدَلِيَّةِ وَتُهمَةَ الضَّلال وَالنِّسيَانِ.

الشرح:

(وَيَثْبُتُ الشُّرْبُ بِشَهَادَة شَاهِدَيْن وَيَثْبُتُ بالإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَزُفَرُ: يَثْبُتُ بِإِقْرَارِه مَرَّتَيْن فِي مَجْلسَيْنِ اعْتبَارًا لعَدَد الإِقْرَارِ بعَدَد الشُّهُود (وَهُوَ نَظيرُ الاخْتلاف في السَّرِقَة، وَسَنُبَيِّنُهَا هُنَاكَ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى) قَال (وَلا تُقْبَلُ فيه شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَال) في حَدِّ الشُّرْب أَيْضًا (لأَنَّ فيهَا شُبْهَةَ البَدَلِيَّة وَتُهْمَةَ الضَّلال وَالنِّسْيَان) يُشيرُ إلى ذَلكَ كُله قَوْله تَعَالى: ﴿ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٌ وَٱمۡرَأَتَانِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلى قَوْله : ﴿ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وَإِنَّمَا قَال شُبْهَةُ البَدَلِيَّة دُونَ حَقيقَة البَدَلِيَّة، لأَنَّ اسْتشْهَادَ النِّسَاءِ فِي المَوْضعِ الذي جَازَتْ شَهَادَتُهُنَّ يَجُوزُ منْ غَيْرِ ضَرُورَة العَجْزِ عَنْ اسْتشْهَاد الرِّجَال، بخلاف سَائرِ الأَبْدَال، وَلكنْ فيه صُورَةُ البَدَليَّة منْ حَيْثُ النَّظْمُ "

(وَالسَّكرَانُ الذِي يُحَدُّ هُوَ الذِي لا يَعقِلُ مَنطِقًا لا قَلِيلا وَلا كَثِيرًا وَلا يَعقِلُ الرَّجُل مِن المَرأَةِ) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ (وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هُوَ الذِي يَهذِي وَيَختَلطُ كَلامُهُ) لأَنَّهُ هُوَ السَّكرَانُ فِي العُرفِ، وَإِليهِ مَال أَكثَرُ المَشَايِخِ. وَلهُ أَنَّهُ يُؤخَذُ فِي أَسبَابِ الحُدُودِ بِأَقصَاهَا دَرءًا للحَدِّ. وَنِهَايَةُ السَّكرَانِ يَغلبُ السُّرُورُ عَلى العَقل فَيَسلُبُهُ التَّمِييزَ بَينَ شَيءٍ وَشَيءٍ، وَمَا دُونَ ذَلكَ لا يَعرَى عَن شُبهَةِ الصَّحوِ، وَالمُعتَبَرُ فِي القَدَحِ المُسكِرُ فِي حَقِّ الحُرمَةِ مَا قَالاهُ بِالإِجمَاعِ أَخذًا بِالاحتِيَاطِ وَالشَّافِعِيُّ يَعتَبِرُ ظُهُورَ أَثَرِهِ فِي مِشيَتِهِ وَحَرَكَاتِهِ وَأَطرَافِهِ وَهَذَا مِمَّا يَتَفَاوَتُ فَلا مَعنَى لاعتِبَارِهِ.

الشرح:

(وَالسَّكْرَانُ الذي يُحَدُّ هُوَ الذي لا يَعْقِلُ مَنْطقًا لا قَليلا وَلا كَثيرًا وَلا يَعْقل الرَّجُل منْ المَرْأَة) هَذَا لَفْظُ الجَامعِ الصَّغير وَلَيْسَ فيه بَيَانُ الخلاف قَال المُصَنِّفُ (وَهَذَا عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: هُوَ الذي يَهْذي وَيَخْتَلطُ كَلامُهُ) أَيْ يَكُونُ غَالبُ كَلامه

الهَذَيَانَ، فَإِنْ كَانَ نِصْفُهُ مُسْتَقِيمًا فَلَيْسَ بِسَكْرَانَ (لأَنَّهُ السَّكْرَانُ فِي العُرْفِ وَإِلَيْهِ) أَيْ إِلى قَوْلِهِمَا (مَال أَكْثَرُ المَشَايِخِ) وَعَنْ ابْنِ الوَلِيدِ قَال: سَأَلت أَبَا يُوسُفَ عَنْ **السَّكْرَانِ الذي يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ** قَال: أَنْ يُسْتَقْرَأَ: ﴿ قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ ﴾ وَلا يَقْدرُ عَلَيْه، فَقُلت لَهُ: كَيْفَ عَيَّنْت هَذِهِ السُّورَةَ وَرُبَّمَا أَخْطَأَ فِيهَا الصَّاحِي؟ قَال: لأَنَّ تَحْرِيمَ الخَمْرِ نَزَل فِيمَنْ شَرِعَ فِيهَا فَلَمْ يَسْتَطِعْ قِرَاءَتَهَا.

وَحُكِيَ أَنَّ أَئِمَّةَ بَلخِي اتَّفَقُوا عَلى اسْتِقْرَاءِ هَذِه السُّورَةِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الحُدُودَ يُؤْخَذُ فِي أَسْبَابِهَا بِأَقْصَاهَا دَرْءًا للحَدِّ، وَنِهَايَةُ السُّكْرِ أَنْ يَغْلبَ السُّرُورُ عَلى العَقْل فَيَسْلُبُهُ التَّمْيِيزَ بَيْنَ شَيْءٍ وَشَيْءٍ، وَمَا دُونَ ذَلكَ لا يَعْرَى عَنْ شُبْهَةِ الصَّحْوِ) يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ يُمَيِّزُ بَيْنَ الأَشْيَاءِ عَرَفْنَا أَنَّهُ مُسْتَعْملٌ لعَقْله مَعَ مَا بِه مِنْ السُّرُورِ فَلا يَكُونُ ذَلكَ نِهَايَةً فِي السُّكْرِ وَفِي النُّقْصَانِ شُبْهَةُ العَدَمِ، وَالحُدُودُ تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَلَهَذَا وَافَقَهُمَا فِي السُّكْرِ الذي يَحْرُمُ عِنْدَهُ القَدَحُ المُسْكرُ أَنَّ المُعْتَبَرَ فِيه هُوَ اخْتِلاطُ الكَلامِ لأَنَّ اعْتِبَارَ النِّهَايَةِ فِيمَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ وَالحِلُّ وَالحُرْمَةُ يُؤْخَذُ بِالاحْتِيَاطِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِه (وَالمُعْتَبَرُ فِي القَدَحِ المُسْكِرِ فِي حَقِّ الحُرْمَةِ مَا قَالاهُ بِالإِجْمَاعِ أَخْذًا بِالاحْتِيَاطِ) لأَنَّهُ لَمَّا اعْتَقَدَ حُرْمَةَ القَدَحِ الذي يَلزَمُ الهَذَيَانُ وَاخْتِلاطُ الكَلامِ عِنْدَهُ يَمْتَنِعُ عَنْهُ، فَلمَّا امْتَنَعَ عَنْهُ وَهُوَ الأَدْنَى فِي حَدِّ السُّكْرِ كَانَ مُمْتَنِعًا عَنْ الأَعْلى فِيه وَهُوَ مَا قَالهُ أَبُو حَنِيفَةَ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ ظُهُورُ الأَثَرِ فِي مِشْيَتِه (مِمَّا يَخْتَلفُ) فَإِنَّ السَّكْرَانَ رُبَّمَا يَتَمَايَلُ فِي مِشْيَتِه وَالصَّاحِيَ رُبَّمَا يَزْلقُ أَوْ يَعْثُرُ فِي مِشْيَتِه فَيُرَى التَّمَايُلُ مِنْهُ فَلا يَكُونُ دَليلا.

(وَلا يُحَدُّ السَّكرَانُ بِإِقرَارِهِ عَلَى نَفسِهِ) لزِيَادَةِ احتِمَالِ الكَذِبِ فِي إِقرَارِهِ فَيَحتَالُ لدَرئِهِ لأَنَّهُ خَالصُ حَقِّ اللهِ تَعَالى. بِخِلافِ حَدِّ القَذفِ لأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبدِ وَالسَّكرَانُ فِيهِ كَالصَّاحِي عُقُوبَةً عَلَيهِ كَمَا فِي سَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ، وَلو ارتَدَّ السَّكرَانُ لا تَبِينُ مِنهُ امرَأَتُهُ لأَنَّ الكُفرَ مِن بَابِ الاعتِقَادِ فَلا يَتَحَقَّقُ مَعَ السُّكرِ، وَاللهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَلا يُحَدُّ السَّكْرَانُ بِإِقْرَارِه عَلى نَفْسِه**) يَعْنِي فِي الحُدُودِ الخَالصَةِ حَقًّا للهِ تَعَالى كَالزِّنَا وَشُرْبِ الخَمْرِ وَالسَّرِقَةِ، لأَنَّ الإِقْرَارَ خَبَرٌ يَحْتَملُ الكَذِبَ، فَإِذَا صَدَرَ مِنْ سَكْرَانَ مِهْذَارٍ زَادَ احْتِمَالُهُ (فَيَحْتَالُ لدَرْئِه لأَنَّهُ خَالصُ حَقِّ اللهِ تَعَالى، بِخِلافِ حَدِّ القَذْفِ لأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبْدِ، وَالسَّكْرَانُ فِيهِ كَالصَّاحِي عُقُوبَةً عَلَيْهِ) بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ

رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا إِذَا سَكِرَ هَذَى وَإِذَا هَذَى افْتَرَى، وَحَدُّ الْمُفْتَرِينَ ثَمَانُونَ. فَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ عَلَى وُجُوبِ حَدِّ الْقَذْفِ.

فَإِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ حَقًّا لِلْعَبْدِ فَكَذَلِكَ سَائِرُ الْحُقُوقِ كَالْقِصَاصِ وَغَيْرِهِ (وَلَوْ ارْتَدَّ **السَّكْرَانُ** لا تَبِينُ مِنْهُ امْرَأَتُهُ لِمَا ذُكِرَ أَنَّ الْكُفْرَ مِنْ بَابِ الْإِعْتَاقِ فَلا يَتَحَقَّقُ مَعَ السُّكْرِ) وَرُوِيَ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ صَنَعَ طَعَامًا فَدَعَا بَعْضَ الصَّحَابَةِ فَأَكَلُوا وَسَقَاهُمْ خَمْرًا وَكَانَ ذَلِكَ قَبْلَ تَحْرِيمِهَا، فَأَمَّهُمْ فِي صَلاةِ الْمَغْرِبِ عَبْدُ الرَّحْمَنِ أَوْ غَيْرُهُ وَقَرَأَ سُورَةَ الْكَافِرُونَ بِطَرْحِ اللاءَاتِ مَعَ أَنَّ اعْتِقَادَهَا كُفْرٌ وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ كُفْرًا مِنْ ذَلِكَ الْقَارِئِ، فَعُلِمَ أَنَّ السَّكْرَانَ لا يَكْفُرُ بِمَا جَرَى عَلَى لِسَانِهِ مِنْ لَفْظِ الْكُفْرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

بَابُ حَدِّ الْقَذْفِ

(وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُحصَنًا أَو امرَأَةً مُحصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا، وَطَالَبَ المَقذُوفُ بِالحَدِّ حَدَّهُ الحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوطًا إن كَانَ حُرًّا) لِقَولِهِ تَعَالَى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ **[النور: ٤] إلى أن قَال** ﴿ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ ﴾ **[النور: ٤] الآيَة، وَالمُرَادُ الرَّميُ بِالزِّنَا بِالإِجمَاعِ، وَفِي النَّصِّ إِشَارَةٌ إِليهِ وَهُوَ اشتِرَاطُ أَربَعَةٍ مِن الشُّهَدَاءِ إِذ هُوَ مُختَصٌّ بِالزِّنَا، وَيُشتَرَطُ مُطَالَبَةُ المَقذُوفِ لأَنَّ فِيهِ حَقَّهُ مِن حَيثُ دَفعُ العَارِ وَإِحصَانُ المَقذُوفِ لِمَا تَلَونَا. قَال (وَيُفَرَّقُ عَلَى أَعضَائِهِ) لِمَا مَرَّ فِي حَدِّ الزِّنَا (وَلا يُجَرَّدُ مِن ثِيَابِهِ) لأَنَّ سَبَبَهُ غَيرُ مَقطُوعٍ فَلا يُقَامُ عَلَى الشِّدَّةِ، بِخِلافِ حَدِّ الزِّنَا (غَيرَ أَنَّهُ يُنزَعُ عَنهُ الفَروُ وَالحَشوُ) لأَنَّ ذَلِكَ يَمنَعُ إِيصَالَ الأَلَمِ بِهِ (وَإِن كَانَ القَاذِفُ عَبدًا جُلِدَ أَربَعِينَ سَوطًا لِمَكَانِ الرِّقِّ.**

وَالإِحصَانُ أَن يَكُونَ المَقذُوفُ حُرًّا عَاقِلا بَالِغًا مُسلمًا عَفِيفًا عَن فِعلِ الزِّنَا) أَمَّا الحُرِّيَّةُ فَلأَنَّهُ يُطلقُ عَلَيهِ اسمُ الإِحصَانِ، قَال اللهُ تَعَالَى: ﴿ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِ ﴾ **[النساء: ٢٥] أَي الحَرَائِرِ، وَالعَقلُ وَالبُلُوغُ لأَنَّ العَارَ لا يَلحَقُ بِالصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعلِ الزِّنَا مِنهُمَا، وَالإِسلامُ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن أَشرَكَ بِاللهِ فَلَيسَ بِمُحصَنٍ»[1] وَالعِفَّةُ لأَنَّ غَيرَ العَفِيفِ لا يَلحَقُهُ العَارُ، وَكَذَا القَاذِفُ صَادِقٌ فِيهِ.**

---

(١) سبق تخريجه.

الشرح:

(**بَابُ حَدِّ الْقَذْفِ**): الْقَذْفُ فِي اللُّغَةِ الرَّمْيُ، وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ نِسْبَةُ مَنْ أَحْصَنَ إلَى الزِّنَا صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً (**إذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلا مُحْصَنًا أَوْ امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا**) **الْخَالِي عَنْ الشُّبْهَةِ الَّذِي لَوْ أَقَامَ الْقَاذِفُ عَلَيْهِ أَرْبَعَةً مِنْ الشُّهُودِ، أَوْ أَقَرَّ بِهِ الْمَقْذُوفُ** لَزِمَهُ حَدُّ الزِّنَا (وَطَالَبَ الْمَقْذُوفُ بِالْحَدِّ) وَعَجَزَ الْقَاذِفُ عَنْ إثْبَاتِ مَا قَذَفَهُ بِهِ (حَدَّهُ الْحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا إنْ كَانَ حُرًّا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ إلَى أَنْ قَالَ ﴿ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً ﴾ [النور: ٤] الْآيَةَ، وَالْمُرَادُ) بِقَوْلِهِ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ﴾ (الرَّمْيُ بِالزِّنَا بِالْإِجْمَاعِ) وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ فِي النَّصِّ لِأَنَّهُ شَرَطَ أَرْبَعَةً مِنْ الشُّهَدَاءِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِالزِّنَا. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ التَّقْيِيدَ بِصَرِيحِ الزِّنَا غَيْرُ مُفِيدٍ لِتَحَقُّقِهِ بِدُونِهِ بِأَنْ قَالَ لَسْت لِأَبِيك، وَبِأَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ لا تَجِبَ الْمُطَالَبَةُ لِأَنَّ حَقَّ اللَّهِ فِيهِ غَالِبٌ، وَالْمَغْلُوبُ فِي مُقَابَلَتِهِ كَالْمُسْتَهْلَكِ، وَلَئِنْ وَجَبَتْ فَلَيْسَتْ مُطَالَبَةُ الْمَقْذُوفِ بِلَازِمَةٍ، فَإِنَّ ابْنَهُ إذَا طَالَبَهُ حُدَّ. وَالْجَوَابُ أَنَّهُ إذَا قَذَفَهُ بِصَرِيحِ الزِّنَا وَوُجِدَ الشَّرْطُ وَجَبَ الْحَدُّ لا مَحَالَةَ فَتِلْكَ قَضِيَّةٌ صَادِقَةٌ، وَأَمَّا إذَا قَذَفَهُ بِنَفْيِ النَّسَبِ لا يَجِبُ فَلَيْسَ بِلَازِمٍ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ بِهِ لِإِخْرَاجِ مَا كَانَ مِنْهُ بِطَرِيقِ الْكِنَايَةِ مِثْلِ أَنْ يَقُولَ: يَا زَانِي فَقَالَ آخَرُ صَدَقْت لا لِإِخْرَاجِ مَا ذَكَرْتُمْ، وَحَقُّ الْعَبْدِ وَإِنْ كَانَ مَغْلُوبًا لَكِنْ يَصْلُحُ اشْتِرَاطُ مُطَالَبَتِهِ احْتِيَاطًا لِلدَّرْءِ، وَابْنُ الْمَقْذُوفِ إنَّمَا يَقْدِرُ عَلَى الْمُطَالَبَةِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمَقْذُوفِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ إلا إذَا كَانَ الْمَقْذُوفُ مَيِّتًا لِيَتَحَقَّقَ قِيَامُهُ مَقَامَهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَقَوْلُهُ (وَيُفَرَّقُ) يَعْنِي الضَّرْبَ (عَلَى أَعْضَاءِ الْقَاذِفِ عَلَى مَا مَرَّ فِي حَدِّ الزِّنَا) وَهُوَ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْجَمْعَ فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ يُفْضِي إلَى التَّلَفِ (وَلا يُجَرَّدُ مِنْ ثِيَابِهِ لِأَنَّ سَبَبَهُ غَيْرُ مَقْطُوعٍ بِهِ) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْقَاذِفُ صَادِقًا فِي نِسْبَتِهِ إلَى الزِّنَا وَإِنْ كَانَ عَاجِزًا عَنْ إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لِأَنَّهَا عَلَى الْوَصْفِ الْمَشْرُوطِ فِيهِ لا تَكَادُ تَحْصُلُ (فَلا يُقَامُ عَلَى الشِّدَّةِ بِخِلَافِ حَدِّ الزِّنَا) حَيْثُ يُجَرَّدُ فِيهِ مِنْ ثِيَابِهِ لِأَنَّ سَبَبَهُ مُعَايَنٌ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ الْإِقْرَارِ، وَهَاهُنَا بَعْدَ ثُبُوتِ الْقَذْفِ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ الْإِقْرَارِ يَتَوَقَّفُ إقَامَةُ الْحَدِّ عَلَى مَعْنًى آخَرَ وَهُوَ كَذِبُهُ فِي النِّسْبَةِ إلَى الزِّنَا وَهُوَ غَيْرُ مُتَيَقَّنٍ بِهِ. وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّهُ يُنْزَعُ عَنْهُ الْحَشْوُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلا يُجَرَّدُ.

وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ ذَلِكَ) يَعْنِي الْفَرْوَ وَالْحَشْوَ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿عَوَانُۢ بَيۡنَ ذَٰلِكَ﴾

[البقرة: ٦٨] وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ القَاذِفُ عَبْدًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالإِحْصَانُ) بَيَانُ شَرْطِه. وَقَوْلُهُ (لِعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزِّنَا مِنْهُمَا) قِيل عَلَيْه لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَحُدَّ مَنْ قَذَفَ المَجْنُونَ الذي زَنَى فِي حَال جُنُونه وَلا يُحَدُّ وَإِنْ قَذَفَهُ بَعْدَ الإِفَاقَة. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْله لِعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْل الزِّنَا مِنْهُمَا الزِّنَا الذي يُؤَثِّمُ صَاحِبَهُ وَيُوجِبُ الحَدَّ عَلَيْه وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُمَا، وَأَمَّا الوَطْءُ الذي هُوَ غَيْرُ مَمْلُوك فَقَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُمَا، وَبِالنَّظَر إلى هَذَا كَانَ القَاذِفُ صَادِقًا فِي قَذْفه فَلا يَجِبُ الحَدُّ عَلَى القَاذِف وَلا عَلَى المَقْذُوف كَمَنْ قَذَفَ رَجُلا بِوَطْءِ شُبْهَة أَوْ وَطِئَ جَارِيَتَهُ المُشْتَرَكَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْره. وَقَوْلُهُ: وَالإِسْلامُ لِقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**مَنْ أَشْرَكَ بِالله فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ**» تَقْرِيرُهُ أَنَّ اللهَ تَعَالى أَوْجَبَ حَدَّ القَذْف بِقَذْف المُحْصَن بِقَوْله تَعَالى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ المُحْصَنَات الآيَةَ. وَالكَافِرُ لَيْسَ بِمُحْصَنٍ لِقَوْله ﷺ: «**مَنْ أَشْرَكَ بِالله فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ**» فَلا يَجِبُ عَلَيْه حَدُّ القَذْف

(وَمَن نَفَى نَسَبَ غَيرِهِ فَقَال لست لأبِيك فَإنَّهُ يُحَدُّ) وَهَذَا إذَا كَانَت أمُّهُ حُرَّةً مُسلمَةً، لأنَّهُ فِي الحَقِيقَةِ قَذفٌ لأمِّهِ لأنَّ النَّسَبَ إنَّمَا يُنفَى عَن الزَّانِي لا عَن غَيرِهِ.

الشرح:

وَمَنْ **نَفَى نَسَبَ غَيْرِه فَقَال لَسْت لأَبِيك** يُحَدُّ إنْ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً مُسْلمَةً لأَنَّهُ فِي الحَقِيقَة قَذَفَ أُمَّهُ) لأَنَّهُ نَفَى النَّسَبَ (وَالنَّسَبُ إنَّمَا يُنْفَى عَنْ الزَّانِي لا عَنْ غَيْرِه) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ فَرْضَ المَسْأَلة فِيمَا إذَا كَانَ أَبُوهُ وَأُمُّهُ مَعْرُوفَيْنِ وَنَسَبُهُ مِنْ الأُمِّ ثَابِتٌ بِيَقِينٍ وَنَفَاهُ عَنْ الأَب المَعْرُوف فَكَانَ دَليلا عَلَى أَنَّهُ زَنَى بِأُمِّه وَفِي ذَلكَ قَذْفٌ لأُمِّه لا مَحَالَةَ. قِيل يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي حَالة الغَضَب فِي هَذه المَسْأَلة كَالتي بَعْدَهَا. وَقِيل يَجِبُ أَنْ لا يَجِبَ الحَدُّ هَاهُنَا وَإِنْ كَانَ قَذَفَهُ فِي حَالة الغَضَب لِجَوَاز أَنْ يَنْفِيَ النَّسَبَ عَنْ أَبِيه مِنْ غَيْرِ أَنْ تَكُونَ الأُمُّ زَانِيَةً مِنْ كُل وَجْه بِأَنْ تَكُونَ مَوْطُوءَةً بِشُبْهَة وَلَدَتْ فِي عِدَّة الوَاطِئِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْته وَجْهُ القِيَاس فِي هَذه المَسْأَلة وَوُجُوبُ الحَدِّ فِيهَا بِالاسْتِحْسَان بِالأَثَر قَال فِي المَبْسُوط: وَإِنَّمَا تَرَكْنَا هَذَا القِيَاسَ لِحَدِيث ابْنِ مَسْعُودٍ قَال: «لا حَدَّ إلا فِي قَذْف مُحْصَنَة أَوْ نَفْيِ رَجُلٍ عَنْ أَبِيه».

(وَمَن قَال لغَيرِهِ فِي غَضَبٍ لست بِابنِ فُلانٍ لأبِيهِ الذِي يُدعَى لهُ يُحَدُّ، وَلو قَال فِي غَيرِ غَضَبٍ لا يُحَدُّ) لأنَّ عِندَ الغَضبِ يُرَادُ بِهِ حَقِيقَتُهُ سَبًّا لهُ، وَفِي غَيرِهِ يُرَادُ بِهِ

الْمُعَاتَبَةُ بِنَفْيِ مُشَابَهَتِهِ أَبَاهُ فِي أَسبَابِ الْمُرُوءَةِ (وَلو قَال لست بِابنِ فُلانٍ يَعنِي جَدَّهُ لم يُحَدَّ) لأَنَّهُ صَادِقٌ فِي كَلامِهِ، وَلو نَسَبَهُ إلى جَدِّهِ لا يُحَدُّ أَيضًا لأَنَّهُ قَد يُنسَبُ إليهِ مَجَازًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ **قَال لغَيْرِه فِي غَضَب** إلخ) ظَاهِرٌ، وَطُولب بالفَرْق بَيْنَ هَذه وَبَيْنَ قَوْله فِي حَالة الغَضَب أَوْ غَيْرِهَا لسْت بِابْنِ فُلان وَلا بِابْنِ فُلانَةَ وَهِيَ أُمُّهُ التي تُدْعَى له حَيْثُ لا يَكُونُ قَذْفًا مَعَ أَنَّ القَذْفَ يُرَادُ بِهَذَا اللفْظ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ وَلا بِابْنِ فُلانَةَ نَفْيٌ عَنْهَا، وَإِنَّمَا يَنْتَفِي عَنْ أُمِّه بِانْتِفَاءِ الوِلادَة فَكَانَ نَفْيًا للوِلادَة، وَنَفْيُ الوِلادَة نَفْيُ الوَطْءِ وَنَفْيُ الوَطْءِ نَفْيُ الزِّنَا، بِخِلاف مَا إذَا لَمْ يَقُل ذَلكَ لأَنَّهُ نَفَى عَنْ الوَالدِ، وَوِلادَةُ الوَلَد ثَابِتَةٌ مِنْ أُمِّه فَصَارَ كَأَنَّهُ قَال لهُ أَنْتَ وَلَدُ الزِّنَا.

(وَلو قَال لهُ يَا ابنَ الزَّانِيَةِ وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحصَنَةٌ فَطَالبَ الابنُ بِحَدِّهِ حُدَّ القَاذِفُ) لأَنَّهُ قَذَفَ مُحصَنَةً بَعدَ مَوتِهَا (وَلا يُطَالبُ بِحَدِّ القَذفِ للمَيِّتِ إلا مَن يَقَعُ القَدحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذفِهِ وَهُوَ الوَالدُ وَالوَلدُ) لأَنَّ العَارَ يَلتَحِقُ بِهِ لمَكَانِ الجُزئِيَّةِ فَيَكُونُ القَذفُ مُتَنَاوِلا لهُ مَعنًى. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ يَثبُتُ حَقُّ الْمُطَالبَةِ لكُل وَارِثٍ لأَنَّ حَدَّ القَذفِ يُورَثُ عِندَهُ على مَا نُبَيِّنُ، وَعِندَنَا وِلايَةُ الْمُطَالبَةِ ليسَت بِطَرِيقِ الإِرثِ بَل لمَا ذَكَرنَاهُ، وَلهَذَا يَثبُتُ عِندَنَا للمَحرُومِ عَن المِيرَاثِ بِالقَتل، وَيَثبُتُ لوَلدِ البِنتِ كَمَا يَثبُتُ لوَلدِ الابنِ خِلافًا لمُحَمَّدٍ، وَيَثبُتُ لوَلدِ الوَلدِ حَال قِيَامِ الوَلدِ خِلافًا لزُفَرَ.

الشرح:

قَال (وَلوْ **قَال لهُ يَا ابْنَ الزَّانِيَةَ وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ فَطَالبَ الابْنُ بِحَدِّه** حُدَّ القَاذفُ لأَنَّهُ قَذَفَ مُحْصَنَةً بَعْدَ مَوْتِهَا) بِخِلاف مَا إذَا قَذَفَهَا ثُمَّ مَاتَتْ فَإِنَّ الحَدَّ يَسْقُطُ (وَلا يُطَالبُ بِحَدِّ القَذْف للمَيِّت إلا مَنْ يَقَعُ القَدْحُ فِي نَسَبِه بِقَذْفه وَهُوَ الوَالدُ وَالوَلدُ) يَعْنِي الأَبَ وَالجَدَّ وَإِنْ عَلا، وَالوَلدُ وَوَلدُ الوَلد وَإِنْ سَفَل، نَقَلهُ صَاحِبُ النِّهَايَة عَنْ الفَقِيه أَبِي الليْث، ثُمَّ قَال: كَذَا وَجَدْت بِخَطِّ شَيْخِي، وَنَقَل غَيْرُهُ مِنْ الشَّارِحِينَ عَنْ شَرْح الجَامِعِ الصَّغِير (لأَنَّ العَارَ يُلتَحَقُ بِه) أَيْ بِكُل وَاحِد مِنْ الوَالدِ وَالوَلد (لمَكَان الجُزْئِيَّة فَيَكُونُ القَذْفُ مُتَنَاوِلا لهُ مَعْنًى) وَرُدَّ بِأَنَّ التَّعْليل بِالجُزْئِيَّة غَيْرُ صَحِيحٍ لتَخَلُّف الحُكْمِ عَنْهَا إذَا كَانَ المَقْذُوفُ حَيًّا غَائِبًا فَإِنَّهُ ليْسَ لأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ بِحَدِّه إذْ ذَاكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الأَصْلَ فِي البَابِ هُوَ المَقْذُوفُ لا مَحَالَةَ وَغَيْرُهُ مِمَّنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ جُزْئِيَّةٌ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَإِنَّمَا يَقُومُ الشَّيْءُ مَقَامَ غَيْرِهِ إذَا وَقَعَ اليَأْسُ مِنْ الأَصْلِ، وَإِنَّمَا يَقَعُ اليَأْسُ بِمَوْتِهِ فَلا يَقُومُ غَيْرُهُ مَقَامَهُ قَبْلَ مَوْتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ لأَنَّ العَارَ يُلْتَحَقُ بِهِ. وَقَوْلُهُ (كَمَا يَثْبُتُ لِوَلَدِ الابْنِ) يَعْنِي بِالاتِّفَاقِ (خِلافًا لِمُحَمَّدٍ) فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّ حَقَّ المُطَالَبَةِ لا يَثْبُتُ لِوَلَدِ البِنْتِ لأَنَّهُ مَنْسُوبٌ. إلَى أَبِيهِ لا إلَى أُمِّهِ فَلا يَلْحَقُهُ الشَّيْنُ بِزِنَا أَبِي أُمِّهِ. وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: النَّسَبُ يَثْبُتُ مِنْ الطَّرَفَيْنِ وَيَصِيرُ الوَلَدُ بِهِ كَرِيمَ الطَّرَفَيْنِ (وَيَثْبُتُ لِوَلَدِ الوَلَدِ حَالَ قِيَامِ الوَلَدِ)

وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لَيْسَ لِوَلَدِ الوَلَدِ حَالَ قِيَامِ الوَلَدِ أَنْ يُخَاصِمَ، لأَنَّ الشَّيْنَ الذي يَلْحَقُ الوَلَدَ فَوْقَ الذي يَلْحَقُ وَلَدَ الوَلَدِ، فَصَارَ وَلَدُ الوَلَدِ مَعَ قِيَامِ الوَلَدِ كَالوَلَدِ مَعَ بَقَاءِ المَقْذُوفِ، وَاعْتَبَرَ هَذَا بِطَلَبِ الكَفَاءَةِ فَإِنَّهُ لا خُصُومَةَ فِيهِ مَعَ بَقَاءِ الأَقْرَبِ. وَلَكِنَّا نَقُولُ: حَقُّ الخُصُومَةِ بِاعْتِبَارِ مَا لَحِقَهُ مِنْ الشَّيْنِ بِنِسْبَتِهِ إلَيْهِ، وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي حَقِّ وَلَدِ الوَلَدِ كَوُجُودِهِ فِي حَقِّ الوَالِدِ، فَأَيُّهُمَا خَاصَمَ يُقَامُ الحَدُّ لِخُصُومَتِهِ، بِخِلافِ المَقْذُوفِ فَإِنَّ حَقَّ الخُصُومَةِ. لَهُ. بِاعْتِبَارِ تَنَاوُلِ القَاذِفِ مِنْ عِرْضِهِ مَقْصُودًا، وَذَلِكَ لا يُوجَدُ فِي حَقِّ وَلَدِهِ، وَبِخِلافِ الكَفَاءَةِ فَإِنَّ طَلَبَهَا إنَّمَا يَثْبُتُ لِلأَقْرَبِ بِقَوْلِهِ ﷺ: «الإِنْكَاحُ إلَى العَصَبَاتِ» وَفِي الحُكْمِ المُرَتَّبِ عَلَى العُصُوبَةِ يُقَدَّمُ الأَقْرَبُ عَلَى الأَبْعَدِ.

(وَإِذَا كَانَ المَقذُوفُ مُحصَنًا جَازَ لابنِهِ الكَافِرِ وَالعَبدِ أَن يُطَالِبَ بِالحَدِّ) خِلافًا لِزُفَرَ. هُوَ يَقُولُ: القَذفُ يَتَنَاوَلُهُ مَعنًى لِرُجُوعِ العَارِ إِليهِ، وَلَيسَ طَرِيقُهُ الإِرثَ عِندَنَا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ مُتَنَاوِلًا لَهُ صُورَةً وَمَعنًى. وَلَنَا أَنَّهُ عَيَّرَهُ بِقَذفِ مُحصَنٍ فَيَأخُذُهُ بِالحَدِّ، وَهَذَا لأَنَّ الإِحصَانَ فِي الذِي يُنسَبُ إِلى الزِّنَا شَرطٌ لِيَقَعَ تَعيِيرًا عَلَى الكَمَالِ ثُمَّ يَرجِعُ هَذَا التَّعيِيرُ الكَامِلُ إِلى وَلَدِهِ، وَالكُفرُ لا يُنَافِي أَهلِيَّةَ الاستِحقَاقِ، بِخِلافِ إِذَا تَنَاوَلَ القَذفُ نَفسَهُ لأَنَّهُ لم يُوجَد التَّعيِيرُ عَلَى الكَمَالِ لِفَقدِ الإِحصَانِ فِي المَنسُوبِ إِلى الزِّنَا (وَلَيسَ لِلعَبدِ أَن يُطَالِبَ مَولاهُ بِقَذفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ، وَلا لِلابنِ أَن يُطَالِبَ أَبَاهُ بِقَذفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ المُسلِمَةِ) لأَنَّ المَولى لا يُعَاقَبُ بِسَبَبِ عَبدِهِ، وَكَذَا الأَبُ بِسَبَبِ ابنِهِ، وَلِهَذَا لا يُقَادُ الوَالِدُ بِوَلَدِهِ وَلا السَّيِّدُ بِعَبدِهِ، وَلَو كَانَ لَهَا ابنٌ مِن غَيرِهِ لَهُ أَن يُطَالِبَ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَانعِدَامِ المَانِعِ.

الشرح:

وَإِذَا **كَانَ المَقْذُوفُ مُحْصَنًا) وَهُوَ مَيِّتٌ** (جَازَ لابْنِه الكَافِرِ وَالعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ بِالحَدِّ، خِلافًا لِزُفَرَ. هُوَ يَقُولُ: القَذْفُ تَنَاوَلَهُ مَعْنًى لِرُجُوعِ العَارِ إِلَيْهِ، وَلَيْسَ طَرِيقَهُ الإِرْثَ عِنْدَنَا) لأَنَّ حَدَّ القَذْفِ لا يُورَثُ (فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ مُتَنَاوِلا لَهُ صُورَةً وَمَعْنًى) فِي رُجُوعِ العَارِ إِلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ مُتَنَاوِلا لَهُ صُورَةً وَمَعْنًى بِأَنْ قَذَفَهُ قَاذِفٌ ابْتِدَاءً لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الحَدُّ لِعَدَمِ إِحْصَانِ المَقْذُوفِ، فَكَذَا إِذَا تَنَاوَلَهُ مَعْنًى. قِيلَ قَوْلُهُ وَلَيْسَ طَرِيقَهُ الإِرْثَ غَيْرُ مُفِيدٍ لَهُ فِي هَذَا المَقَامِ، لأَنَّهُ لَوْ كَانَ طَرِيقَهُ الإِرْثَ أَيْضًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ، لأَنَّ المَانِعَ عَنْ الإِرْثِ مَوْجُودٌ وَهُوَ الكُفْرُ أَوْ الرِّقُّ. وَقِيلَ تَحْرِيرُ كَلامِه أَنَّ الحَدَّ إِمَّا أَنْ يَجِبَ فِي هَذِه الصُّورَةِ عَلَى القَاذِفِ لِقَذْفِه أُمَّ المَقْذُوفِ أَوْ لِقَذْفِ نَفْسِ هَذَا الابْنِ الكَافِرِ، لا جَائِزٌ أَنْ يَكُونَ لأَجْلِ أُمِّه لأَنَّ الحَدَّ لا يُورَثُ وَلا أَنْ يَكُونَ لأَجْلِ نَفْسِه لأَنَّهُ لَيْسَ بِمُحْصَنٍ وَهُوَ كَمَا تَرَى (وَلَنَا أَنَّهُ عَيَّرَهُ بِقَذْفِ مُحْصَنٍ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، لأَنَّ فَرْضَ المَسْأَلَةِ فِيه وَكُلُّ مَنْ عَيَّرَ بِقَذْفِ مُحْصَنٍ جَازَ أَنْ يَأْخُذَ بِحَدِّه لأَنَّهُ تَعْيِيرٌ عَلَى الكَمَالِ فَيَقْتَضِي زَاجِرًا. وَأَشَارَ المُصَنِّفُ إِلَى هَذَا الكَلامِ بِقَوْلِه.

(وَهَذَا لأَنَّ الإِحْصَانَ فِي الذي يُنْسَبُ إِلَى الزِّنَا شَرْطٌ لِيَقَعَ تَعْيِيرًا عَلَى الكَمَالِ ثُمَّ يَرْجِعُ هَذَا، التَّعْيِيرُ الكَامِلُ إِلَى وَلَدِه) فَجَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالحَدِّ. فَإِنْ قِيلَ: جَازَ أَنْ يَكُونَ المَانِعُ مَوْجُودًا فَلا يَتَرَتَّبُ الحُكْمُ عَلَى المُقْتَضَى. أَجَابَ بِقَوْلِه (وَالكُفْرُ لا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الاسْتِحْقَاقِ) أَيْ اسْتِحْقَاقَ أَهْلِيَّةِ الخُصُومَةِ لأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا بِاعْتِبَارِ لُحُوقِ الشَّيْنِ وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي الوَلَدِ الكَافِرِ وَالمَمْلُوكِ لأَنَّ النِّسْبَةَ لا تَنْقَطِعُ بِالرِّقِّ وَالكُفْرِ، بِخِلافِ مَا إِذَا تَنَاوَلَ القَذْفَ نَفْسَهُ فَإِنَّهُ لا يُوجَدُ التَّعْيِيرُ عَلَى الكَمَالِ لِفَقْدِ الإِحْصَانِ فِي المَنْسُوبِ إِلَى الزِّنَا.

قَالَ (وَلَيْسَ لِلعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ مَوْلاهُ بِقَذْفِ أُمِّه الحُرَّةِ وَلا لِلابْنِ أَنْ يُطَالِبَ أَبَاهُ) أَوْ جَدَّهُ وَإِنْ عَلا (بِقَذْفِ أُمِّه) وَجَدَّتِه وَإِنْ عَلَتْ، وَلا أُمَّهُ وَلا جَدَّتَهُ وَإِنْ عَلَتْ بِقَذْفِ نَفْسِه (لأَنَّ المَوْلَى لا يُعَاقَبُ بِسَبَبِ عَبْدِه) قَالَ ﷺ: «**لا يُقَادُ الوَالِدُ بِوَلَدِه وَلا السَّيِّدُ بِعَبْدِه**» فَلَمَّا لَمْ يَجِبْ القِصَاصُ وَالمُغَلَّبُ فِيه حَقُّ العَبْدِ وَسَبَبُهُ مُتَيَقَّنٌ بِه فَلأَنْ لا يَجِبَ حَدُّ القَذْفِ وَالمُغَلَّبُ فِيه حَقُّ اللهِ وَسَبَبُهُ وَهُوَ القَذْفُ غَيْرُ مُتَيَقَّنٍ بِه لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ

صَادِقًا فِيمَا نَسَبَهُ إلَيْهِ أَوْلَى. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ لَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ) وَاضِحٌ.

(وَمَن قَذَفَ غَيرَهُ فَمَاتَ المَقذُوفُ بَطَلَ الحَدُّ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَبطُلُ (وَلو مَاتَ بَعدَمَا أُقِيمَ بَعضُ الحَدِّ بَطَلَ البَاقِي) عِندَنَا خِلافًا لهُ بِنَاءً عَلى أَنَّهُ يُورَثُ عِندَهُ وَعِندَنَا لا يُورَثُ، وَلا خِلافَ أَنَّ فِيهِ حَقَّ الشَّرعِ وَحَقَّ العَبدِ فَإِنَّهُ شُرِعَ لدَفعِ العَارِ عَن المَقذُوفِ وَهُوَ الذِي يَنتَفِعُ بِهِ عَلى الخُصُوصِ، فَمِن هَذَا الوَجهِ حَقُّ العَبدِ، ثُمَّ إِنَّهُ شُرِعَ زَاجِرًا وَمِنهُ سُمِّيَ حَدًّا، وَالمَقصُودُ مِن شَرعِ الزَّاجِرِ إخلاءُ العَالمِ عَن الفَسَادِ، وَهَذَا آيَةُ حَقِّ الشَّرعِ وَبِكُل ذَلكَ تَشهَدُ الأَحكَامُ. وَإِذَا تَعَارَضَت الجِهَتَانِ، فَالشَّافِعِيُّ مَال إلى تَغلِيبِ حَقِّ العَبدِ تَقدِيمًا لحَقِّ العَبدِ بِاعتِبَارِ حَاجَتِهِ وَغِنَى الشَّرعِ، وَنَحنُ صِرنَا إلى تَغلِيبِ حَقِّ الشَّرعِ لأَنَّ مَا للعَبدِ مِن الحَقِّ يَتَوَلاهُ مَولاهُ فَيَصِيرُ حَقُّ العَبدِ مَرعِيًّا بِهِ، وَلا كَذَلكَ عَكسُهُ لأَنَّهُ لا وِلايَةَ للعَبدِ فِي استِيفَاءِ حُقُوقِ الشَّرعِ إلا نِيَابَةً عَنهُ، وَهَذَا هُوَ الأَصلُ المَشهُورُ الذِي يَتَخَرَّجُ عَلَيهِ الفُرُوعُ المُختَلَفُ فِيهَا مِنهَا الإِرثُ، إذ الإِرثُ يَجرِي فِي حُقُوقِ العِبَادِ لا فِي حُقُوقِ الشَّرعِ. وَمِنهَا العَفوُ فَإِنَّهُ لا يَصِحُّ عَفوُ المَقذُوفِ عِندَنَا وَيَصِحُّ عِندَهُ. وَمِنهَا أَنَّهُ لا يَجُوزُ الاعتِيَاضُ عَنهُ وَيَجرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ وَعِندَهُ لا يَجرِي. وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي العَفوِ مِثلُ قَول الشَّافِعِيِّ؛ وَمِن أَصحَابِنَا مَن قَال: إنَّ الغَالبَ حَقُّ العَبدِ وَخَرَّجَ الأَحكَامَ، وَالأَوَّلُ أَظهَرُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَبِكُلِّ ذَلِكَ تَشْهَدُ الْأَحْكَامُ) أَمَّا الْأَحْكَامُ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ فَهُوَ أَنَّهُ يُسْتَوْفَى بِالْبَيِّنَةِ بَعْدَ تَقَادُمِ الْعَهْدِ وَلَا يَعْمَلُ فِيهِ الرُّجُوعُ عَنْ الْإِقْرَارِ، وَكَذَلِكَ لَا يُسْتَوْفَى إلَّا بِخُصُومَةٍ، وَإِنَّمَا يُسْتَوْفَى بِخُصُومَةِ مَا هُوَ حَقُّهُ، بِخِلَافِ السَّرِقَةِ فَإِنَّ خُصُومَتَهُ هُنَاكَ لِلْمَالِ دُونَ الْحَدِّ، حَتَّى لَوْ بَطَلَ الْحَدُّ لِمَعْنَى الشُّبْهَةِ لَا يَبْطُلُ الْمَالُ، وَيُقَامُ هَذَا الْحَدُّ عَلَى الْمُسْتَأْمَنِ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ الْمُسْتَأْمَنُ بِمَا هُوَ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ، وَيُقَدَّمُ اسْتِيفَاؤُهُ عَلَى حَدِّ الزِّنَا وَحَدِّ السَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ، حَتَّى أَنَّ رَجُلًا لَوْ ثَبَتَ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ الزِّنَا وَالسَّرِقَةُ وَشُرْبُ الْخَمْرِ وَالْقَذْفُ وَفَقْءُ عَيْنِ رَجُلٍ يُبْدَأُ بِالْقِصَاصِ فِي الْعَيْنِ لِأَنَّهُ مَحْضُ حَقِّ الْعَبْدِ، وَحَقُّ الْعَبْدِ مُقَدَّمٌ فِي الِاسْتِيفَاءِ لِمَا يَلْحَقُهُ مِنْ الضَّرَرِ بِالتَّأْخِيرِ لِأَنَّهُ يَخَافُ الْفَوْتَ، وَاَللَّهُ تَعَالَى لَا يَفُوتُهُ شَيْءٌ، إذَا بَرِئَ مِنْ ذَلِكَ يُقَامُ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ. وَأَمَّا الْأَحْكَامُ الَّتِي تَشْهَدُ عَلَى أَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فَهِيَ أَنَّ الِاسْتِيفَاءَ إلَى الْإِمَامِ،

وَالإِمَامُ إِنَّمَا يَتَعَيَّنُ نَائِبًا فِي اسْتِيفَاءِ حَقِّ اللهِ تَعَالَى، وَأَمَّا حَقُّ العَبْدِ فَاسْتِيفَاؤُهُ إِلَيْهِ، وَلا يَحْلِفُ فِيهِ القَاذِفُ وَلا يَنْقَلِبُ مَالا عِنْدَ السُّقُوطِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ مَا لِلعَبْدِ مِنْ الحَقِّ إِلَخْ) قِيلَ فِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّهُ يَلزَمُ أَنْ لا يَكُونَ حَقُّ العَبْدِ غَالِبًا إِذَا اجْتَمَعَ الحَقَّانِ أَصْلاً. وَهُوَ خِلافُ الأُصُولِ وَالمَنْقُولِ، فَإِنَّ القِصَاصَ مِمَّا اجْتَمَعَا فِيهِ وَحَقُّ العَبْدِ غَالِبٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ مِنْ الأَحْكَامِ مَا يُنَافِي الحَقَّيْنِ جَمِيعًا وَهُوَ أَنَّهُ يَسْقُطُ بِمَوْتِ المَقْذُوفِ وَشَيْءٌ مِنْ الحَقَّيْنِ لا يَسْقُطُ بِهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّا لا نَقُولُ إِنَّهُ يَسْقُطُ بِمَوْتِهِ وَلَكِنْ يَتَعَذَّرُ اسْتِيفَاؤُهُ لِعَدَمِ شَرْطِهِ، فَإِنَّ الشَّرْطَ خُصُومَةُ المَقْذُوفِ وَلا يَتَحَقَّقُ بِهِ الخُصُومَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ.

وَقَوْلُهُ (وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ) يُرِيدُ بِهِ صَدْرَ الإِسْلامِ أَبَا اليُسْرِ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي مَبْسُوطِهِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ المُغَلبَ فِيهِ حَقُّ العَبْدِ كَمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ، لأَنَّ أَكْثَرَ الأَحْكَامِ تَدُلُّ عَلَيْهِ، وَالمَعْقُولُ يَشْهَدُ لَهُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ العَبْدَ مُنْتَفِعٌ بِهِ عَلَى الخُصُوصِ. وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ أَنَّ حَدَّ القَذْفِ حَقُّ العَبْدِ كَالقِصَاصِ إِلا أَنَّهُ فَوَّضَ إِقَامَتَهُ إِلَى الإِمَامِ لأَنَّهُ لا يَهْتَدِي كُلُّ أَحَدٍ إِلَى إِقَامَةِ الجَلدِ. وَقَوْلُهُ (وَخَرَّجَ الأَحْكَامَ) أَيْ أَجَابَ عَنْ الأَحْكَامِ التِي تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ حَقُّ اللهِ بِجَوَابٍ يُوَافِقُ المَذْهَبَ فَقَالَ فِي التَّفْوِيضِ إِلَى الإِمَامِ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ كُل أَحَدٍ لا يَهْتَدِي إِلَى إِقَامَةِ الجَلدِ. وَقَالَ فِي عَدَمِ الإِرْثِ إِنَّ عَدَمَهُ لا يَسْتَوْجِبُ كَوْنَهُ حَقَّ اللهِ كَالشُّفْعَةِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ لأَنَّ الإِرْثَ يَجْرِي فِي الأَعْيَانِ. وَأَجَابَ عَنْ كَوْنِ القِصَاصِ يُورَثُ بِأَنَّهُ فِي مَعْنَى مِلكِ العَيْنِ لأَنَّهُ يَمْلِكُ إِتْلافَ العَيْنِ وَمِلكُ الإِتْلافِ مِلكُ العَيْنِ عِنْدَ النَّاسِ.

فَإِنَّ الإِنْسَانَ لا يَمْلِكُ شِرَاءَ الطَّعَامِ إِلا لِلإِتْلافِ وَهُوَ الأَكْلُ، فَصَارَ مَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ كَالمَمْلُوكِ لِمَنْ لَهُ القِصَاصُ وَهُوَ بَاقٍ فَيَمْلِكُهُ الوَارِثُ فِي حَقِّ اسْتِيفَاءِ القِصَاصِ. وَقَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ) وَهُوَ أَنَّ الغَالِبَ فِيهِ حَقُّ اللهِ (أَظْهَرُ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ دَلِيلِ غَلَبَةِ حَقِّ اللهِ فِيهِ، وَلأَنَّ عَامَّةَ أَصْحَابِنَا عَلَيْهِ فَكَانَ الأَخْذُ بِقَوْلِ عَامَّةِ العُلَمَاءِ أَظْهَرَ، وَالثَّانِي أَظْهَرُ.

قَالَ (وَمَنْ أَقَرَّ بِالقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ لَم يُقبَل رُجُوعُهُ) لأَنَّ لِلمَقذُوفِ فِيهِ حَقًّا فَيُكَذِّبُهُ فِي الرُّجُوعِ، بِخِلافِ مَا هُوَ خَالِصُ حَقِّ اللهِ لأَنَّهُ لا مُكَذِّبَ لَهُ فِيهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَمَنْ أَقَرَّ بِالقَذْفِ**) مِنْ الأَحْكَامِ التِي تَشْهَدُ بِكَوْنِه حَقَّ العَبْد.

(وَمَن قَال لعَرَبِيٍّ يَا نَبَطِيُّ لم يُحَدَّ) لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشبِيهُ فِي الأخلاقِ أَو عَدَمِ الفَصَاحَةِ، وَكَذَا إِذَا قَال لست بِعَرَبِيٍّ لمَا قُلنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَمَنْ قَال لِعَرَبِيٍّ يَا نَبَطِيُّ**) ظَاهِرٌ. وَالنَّبْطُ جِيلٌ مِنْ النَّاسِ بِسَوَادِ العِرَاق. وَسُئِل ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا عَنْ رَجُلٍ قَال لِقُرَشِيٍّ يَا نَبَطِيُّ فَقَال: لا حَدَّ عَلَيْه. وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلنَا) يَعْنِي قَوْلهُ لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ إلخْ.

(وَمَن قَال لرَجُلٍ يَا ابنَ مَاءِ السَّمَاءِ فَليسَ بِقَاذِفٍ) لأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشبِيهُ فِي الجُودِ وَالسَّمَاحَةِ وَالصَّفَاءِ، لأنَّ مَاءَ السَّمَاءِ لُقِّبَ بِهِ لصَفَائِهِ وَسَخَائِهِ (وَإِن نَسَبَهُ إِلى عَمِّهِ أَو خَالهِ أَو إِلى زَوجِ أُمِّهِ فَليسَ بِقَذفٍ) لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِن هَؤُلاءِ يُسَمَّى أَبًا، أَمَّا الأَوَّلُ فَلقَولهِ تَعَالى: ﴿ نَعْبُدُ إِلَـٰهَكَ وَإِلَـٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَـٰعِيلَ وَإِسْحَـٰقَ ﴾ [البقرة: ١٣٣] وَإِسمَاعِيلُ كَانَ عَمًّا لهُ. وَالثَّانِي لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الخَالُ أَبٌ»[1]. وَالثَّالثُ للتَّربِيَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**لأَنَّ مَاءَ السَّمَاءِ** لُقِّبَ بِه) أَيْ بِهَذَا اللفْظِ، وَمَاءُ السَّمَاءِ هُوَ لقَبُ أَبِي المُزَيْقِيَاءِ، وَالمُزَيْقِيَاءُ هُوَ عَمْرُو بْنُ عَامِرٍ، لُقِّبَ بِالمُزَيْقِيَاءِ لأَنَّهُ كَانَ يُمَزِّقُ فِي كُل يَوْمٍ حُلتَيْنِ يَلبَسُهُمَا وَيَكْرَهُ أَنْ يَعُودَ فِيهِمَا وَيَأْنَفُ أَنْ يَلبَسَهُمَا غَيْرُهُ، وَأَبُوهُ عَامِرُ بْنُ حَارِثَةَ الأَزْدِيُّ كَانَ يُلقَّبُ بِمَاءِ السَّمَاءِ لأَنَّهُ وَقْتَ القَحْط كَانَ يُقِيمُ مَالهُ مَقَامَ القَطْرِ عَطَاءً وَجُودًا وَقَوْلُهُ (وَإِسْمَاعِيلُ كَانَ عَمًّا لهُ) أَيْ لِيَعْقُوبَ، فَإِنَّ إِسْمَاعِيل وَإِسْحَاقَ ابْنَا إِبْرَاهِيمَ وَيَعْقُوبَ بْنَ إِسْحَاقَ فَكَانَ إِسْمَاعِيلُ عَمًّا لهُ فَأَدْخَلُوهُ تَحْتَ الآبَاءِ فَدَل عَلى أَنَّ العَمَّ يُسَمَّى أَبًا.

(وَمَن قَال لغَيرِهِ زَنَأتَ فِي الجَبَل وَقَال عَنَيتُ صُعُودَ الجَبَل حُدَّ، وَهَذَا عِندَ أَبِي

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٤٠): غريب.

حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يُحَدُّ) لأَنَّ المَهمُوزَ مِنهُ للصُّعُودِ حَقِيقَةً قَالت امرَأَةٌ مِن العَرَبِ:

وَارقَ إلى الخَيرَاتِ زَنَأً فِي الجَبَل

وَذِكرُ الجَبَل يُقَرِّرُهُ مُرَادًا. وَلهُمَا أَنَّهُ يُستَعمَلُ فِي الفَاحِشَةِ مَهمُوزًا أَيضًا لأَنَّ مِن العَرَبِ مَن يَهمِزُ المُليَّنَ كَمَا يُلَيِّنُ المَهمُوزَ، وَحَالةُ الغَضَبِ وَالسِّبَابِ تُعَيِّنُ الفَاحِشَةَ مُرَادًا بِمَنزِلةِ مَا إذَا قَال يَا زَانِي أَو قَال زَنَأت، وَذِكرُ الجَبَل إنَّمَا يُعَيِّنُ الصُّعُود مُرَادًا إذَا كَانَ مَقرُونًا بِكَلمَةِ عَلى إذ هُوَ للمُستَعمَل فِيهِ، وَلو قَال زَنَأت عَلى الجَبَل لا يُحَدُّ لمَا قُلنَا، وَقِيل يُحَدُّ للمَعنَى الذِي ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ قَال لغَيْرِه زَنَأْتَ فِي الجَبَلِ) بِالهَمْزِ (وَقَال عَنَيْت صُعُودَ الجَبَل حُدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يُحَدُّ لأَنَّ المَهْمُوزَ مِنْهُ للصُّعُود حَقِيقَةً) وَاسْتَشْهَدَ المُصَنِّفُ لذَلكَ بِقَوْل الشَّاعِرِ: وَارْقَ إلى الخَيْرَاتِ زَنَأً فِي الجَبَل قَال (وَذِكْرُ الجَبَل يُقَرِّرُهُ) أَيْ يُقَرِّرُ الصُّعُودَ (مُرَادًا) تَأْكِيدًا لكَوْن المَهْمُوز للصُّعُود حَقِيقَةً وَقَوْلُهُ (وَلهُمَا أَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ إلخْ) وَاضِحٌ. وَقِيل كَلامُهُ يُشِيرُ إلى أَنَّ المَهْمُوزَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الفَاحِشَةِ وَالصُّعُود، وَحَالة الغَضَبِ وَالسِّبَاب تُعَيِّنُ أَحَدَ المُحْتَمَليْن عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ مُحَمَّد أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الصُّعُود مَجَازٌ فِي الفَاحِشَة وَحِينَئِذ يَتَرَجَّحُ قَوْلُهُ لأَنَّ اللفْظَ إذَا دَارَ بَيْنَ كَوْنه مُشْتَرَكًا وَحَقِيقَةً وَمَجَازًا فَالثَّانِي يَتَرَجَّحُ عَلى الأَوَّل لعَدَمِ إخْلاله بِالفَهْمِ وَلأَنَّ البَابَ بَابُ الحَدِّ فَيَحْتَالُ للدَّرْءِ. وَقَوْلُهُ (لمَا قُلنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله إذَا كَانَ مَقْرُونًا بِكَلمَة عَلى. وَقَوْلُهُ (للمَعْنَى الذي ذَكَرْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله وَحَالةُ الغَضَبِ وَالسِّبَاب تُعَيِّنُ الفَاحِشَةَ مُرَادًا

(وَمَن قَال لآخَرَ يَا زَانِي فَقَال لا بَل أَنتَ فَإِنَّهُمَا يُحَدَّانِ) لأَنَّ مَعنَاهُ لا بَل أَنتَ زَانٍ، إذ هِيَ كَلمَةُ عَطفٍ يُستَدرَكُ بِهَا الغَلطُ فَيَصِيرُ الخَبَرُ المَذكُورُ فِي الأَوَّل مَذكُورًا فِي الثَّانِي.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ قَال لآخَرَ يَا زَانِي) ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ عَلى قَوْله فَيَصِيرُ الخَبَرُ المَذْكُورُ فِي الأَوَّل مَذْكُورًا فِي الثَّانِي بِأَنَّ المُرَادَ بِالأَوَّل هُوَ قَوْلُهُ يَا زَانِي وَمَا ثَمَّةَ خَبَرٌ أَصْلاً.

وَالجَوَابُ أَنَّ المُرَادَ بِالخَبَرِ الجُزْءُ، وَحِينَئِذٍ يَسْتَقِيمُ الكَلَامُ لأَنَّ الخَبَرَ جُزْءٌ أَخَصُّ فَيَجُوزُ أَنْ يُسْتَعَارَ للأَعَمِّ

(وَمَن قَال لامرَأَتِهِ يَا زَانِيَةُ فَقَالت لا بَل أَنتَ حُدَّت المَرأَةُ وَلا لعَانَ) لأَنَّهُمَا قَاذِفَانِ وَقَذفُهُ يُوجِبُ اللعَانَ وَقَذفُهَا الحَدَّ، وَفِي البُدَاءَةِ بِالحَدِّ إبطَالُ اللعَانِ؛ لأَنَّ المَحدُودَ فِي القَذفِ ليسَ بِأَهلٍ لهُ وَلا إبطَال فِي عَكسِهِ أَصلا فَيُحتَالُ للدَّرءِ، إذ اللعَانُ فِي مَعنَى الحَدِّ (وَلو قَالت زَنَيت بِك فَلا حَدَّ وَلا لعَانَ) مَعنَاهُ قَالت بَعدَمَا قَال لهَا يَا زَانِيَةُ لوُقُوعِ الشَّكِّ فِي كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا لأَنَّهُ يَحتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَت الزِّنَا قَبل النِّكَاحِ فَيَجِبُ الحَدُّ دُونَ اللعَانِ لتَصدِيقِهَا إيَّاهُ وَانعِدَامِهِ مِنهُ، وَيَحتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادت زِنَايَ مَا كَانَ مَعَك بَعدَ النِّكَاحِ لأَنِّي مَا مَكَّنت أَحَدًا غَيرَك. وَهُوَ المُرَادُ فِي مِثل هَذِهِ الحَالةِ، وَعَلى هَذَا الاعتِبَارِ يَجِبُ اللعَانُ دُونَ الحَدِّ عَلى المَرأَةِ لوُجُودِ القَذفِ مِنهُ وَعَدَمِهِ مِنهَا فَجَاءَ مَا قُلنَا.

الشرح:

(وَمَنْ قَالَ لامْرَأَتِه يَا زَانِيَةُ فَقَالَتْ لا بَل أَنْتَ) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ لأَنَّ المَحْدُودَ فِي القَذْفِ لَيسَ بِأَهْلٍ للعَانِ) دَلِيلُهُ أَنَّ أَهْلِيَّةَ اللعَانِ تَعْتَمِدُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ وَإِقَامَةُ حَدِّ القَذْفِ تُبْطِلُ أَهْلِيَّةَ شَهَادَةِ المَحْدُودِ فِي القَذْفِ. وَقَوْلُهُ (وَلا إِبْطَال فِي عَكْسِهِ أَصْلا) يَعْنِي لوْ قَدَّمْنَا اللعَانَ لا يَبْطُلُ حَدُّ القَذْفِ عَنْ المَرْأَةِ لأَنَّ إِحْصَانَ الرَّجُل لا يَبْطُلُ بِجَرَيَانِ اللعَانِ بَيْنَهُمَا، غَايَةُ مَا فِي البَابِ أَنَّ اللعَانَ فِي حَقِّ الرَّجُل قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ القَذْفِ وَلكِنْ لا يَخْرُجُ بِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ عَفِيفًا عَنْ فِعْل الزِّنَا فَيَجِبُ حَدُّ القَذْفِ عَلى المَرْأَةِ احْتِيَالا لدَرْءِ اللعَانِ الذِي هُوَ بِمَعْنَى الحَدِّ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ قَالتْ زَنَيْت بِك) يَعْنِي فِي جَوَابِ قَوْلِه لهَا يَا زَانِيَةُ. وَقَوْلُهُ (وَانْعِدَامُهُ) أَيْ انْعِدَامُ التَّصْدِيقِ مِنْ الزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ (وَيُحْتَمَلُ أَنَّهَا أَرَادَتْ زِنَايَ مَا كَانَ مَعَك بَعْدَ النِّكَاحِ) اُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الوَطْءَ بَعْدَ النِّكَاحِ لا يُسَمَّى زِنًا فَلا يَصْلُحُ مَحْمَلا.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الزِّنَا يُطْلَقُ عَلى ذَلكَ بِطَرِيقِ المُشَاكَلةِ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى: ﴿ بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ﴾ [المائدة: ٦٤] حَمَلهَا عَلى ذَلكَ لتَرْكِيبِ فَرْطِ غَيْظِهَا بِإِطْلاقِ تِلكَ الكَلمَةِ، وَعَلى هَذَا الاعْتِبَارِ لا تَكُونُ مُصَدِّقَةً لزَوْجِهَا فَيَجِبُ اللعَانُ عَلى الزَّوْجِ وَلا

يَجبُ الحَدُّ عَلى المَرْأَة، فَفِي حَالٍ لا يَجبُ الحَدُّ عَلَيْهَا وَيَجبُ اللعَانُ عَلى الزَّوْجِ، وَفِي حَالٍ يَجبُ الحَدُّ عَلَيْهَا وَلا يَجبُ اللعَانُ، فَوَقَعَ الشَّكُّ وَجَاءَ مَا قُلنَا أَنَّهُ لا حَدَّ وَلا لعَانَ.

(وَمَن أَقرَّ بِوَلدٍ ثُمَّ نَفَاهُ فَإِنَّهُ يُلاعَنُ) لأَنَّ النَّسَبَ لزِمَهُ بِإِقرَارِهِ وَبِالنَّفي بَعدَهُ صَارَ قَاذِفًا فَيُلاعَنُ (وَإِن نَفَاهُ ثُمَّ أَقرَّ بِهِ حُدَّ) لأَنَّهُ لَمَّا أَكذَبَ نَفسَهُ بَطَلَ اللعَانُ لأَنَّهُ حَدٌّ ضَرُورِيٌّ صُيِّرَ إليهِ ضَرُورَةَ التَّكَاذُبِ، وَالأَصلُ فِيهِ حَدُّ القَذفِ. فَإِذَا بَطَلَ التَّكَاذُبُ يُصَارُ إلى الأَصل، وَفِيهِ خِلافٌ ذَكَرنَاهُ فِي اللعَانِ (وَالوَلدُ وَلدُهُ) فِي الوَجهَينِ لإِقرَارِهِ بِهِ سَابِقًا أَو لاحِقًا، وَاللعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطعِ النَّسَبِ كَمَا يَصِحُّ بِدُونِ الوَلدِ (وَإِن قَالَ ليسَ بِابنِي وَلا بِابنِك فَلا حَدَّ وَلا لعَانَ) لأَنَّهُ أَنكَرَ الوِلادَةَ وَبِهِ لا يَصِيرُ قَاذِفًا.

الشرح:

قَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ اللعَانَ (حَدٌّ ضَرُورِيٌّ صَيَّرَ إلَيْهِ ضَرُورَةُ التَّكَاذُبِ، وَالأَصْلُ فيه حَدُّ القَذْفِ) لقَوْله تَعَالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] الآيَةَ (وَإِذَا بَطَلَ التَّكَاذُبُ) بِإِكْذَاب الرَّجُل نَفْسَهُ (يُصَارُ إلى الأَصْل وَالوَلَدُ وَلَدُهُ في الوَجْهَيْنِ) أَيْ في الوَجْهِ الذي أَقَرَّ ثُمَّ نَفَى وَعَكْسه. قَوْلُهُ (لإِقْرَارِه به سَابِقًا أَوْ لاحِقًا) أَيْ لإِقْرَار الزَّوْجِ بالوَلَد سَابِقًا عَلى النَّفْيِ فيمَا إذَا أَقَرَّ ثُمَّ نَفَى أَوْ لاحِقًا فيمَا إذَا نَفَاهُ ثُمَّ أَقَرَّ به. وَقَوْلُهُ (وَاللعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطْعِ النَّسَب) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إنَّ سَبَبَ اللعَان هُنَا هُوَ نَفْيُ الوَلَد فَلمَّا لَمْ يَنْتَفْ الوَلَدُ وَجَبَ أَنْ لا يَجْرِيَ بَيْنَهُمَا اللعَانُ لأَنَّ بُطْلانَ المُتَضَمِّنِ يَقْتَضِي بُطْلانَ المُتَضَمَّنِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ قَطْعَ النَّسَبِ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ اللعَانِ فَاعْتُبِرَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَيْ مِنْ نِسْبَته إلى الزِّنَا وَمَنْ نَفَى الوَلَدَ مُنْفَصِلا عَنْ الآخَرِ فَصَارَ كَأَنَّهُ نَسَبَهَا إلى الزِّنَا مِنْ غَيْرِ نَفْيِ الوَلَد بِأَنْ قَال يَا زَانِيَةُ وَفِيه اللعَانُ، فَكَذَا هَاهُنَا؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ إذَا تَطَاوَلَتْ مُدَّةُ وِلادَة مَنْكُوحَته عَلى حَسَبِ مَا اخْتَلفُوا فِيه ثُمَّ قَال لَيْس بِابْنِي فَإِنَّهُ يُلاعِنُ مَعَ أَنَّ سَبَبَ اللعَانِ نَفْيُ الوَلد، وَلَمْ يَنْتَفْ الوَلَدُ لأَنَّهُ صَارَ بِمَنْزِلة قَوْله أَنْت زَانِيَةٌ. قَوْلُهُ (وَإِنْ قَال لَيْسَ بِابْنِي وَلا بِابْنِك) ظَاهِرٌ.

(وَمَن قَذَفَ امرَأَةً وَمَعَهَا أَولادٌ لم يُعرَف لهُم أَبٌ أَو قَذَفَ المُلاعَنَةَ بِوَلدٍ وَالوَلدُ حَيٌّ أَو قَذَفَهَا بَعدَ مَوتِ الوَلدِ فَلا حَدَّ عَليهِ) لقِيَامِ أَمَارَةِ الزِّنَا مِنهَا وَهِيَ وِلادَةُ وَلدٍ لا أَبَ لهُ فَفَاتَت العِفَّةُ نَظَرًا إليهَا وَهِيَ شَرطُ الإِحصَانِ (وَلو قَذَفَ امرَأَةً لاعَنَت بِغَيرِ وَلدٍ فَعَليهِ

الحدُّ) لانعدامِ أمارةِ الزِّنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**أَوْ قَذَفَ الْمُلاعَنَةَ بِوَلدٍ**) بِفَتْحِ العَيْنِ كَذَا نَقَلَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ بِخَطِّ شَيْخِه، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِكَسْرِ العَيْنِ وَمَعْنَاهُ التي لاعَنَتْ بِوَلدٍ كَذَا فِي الكَافِي. وَقَوْلُهُ (بِوَلد) يَتَّصِلُ بِالْمُلاعَنَة. وَقَوْلُهُ (فَفَاتَتْ العِفَّةُ نَظَرَ إِلَيْهَا) أَيْ إِلى إِمَارَةِ الزِّنَا (وَهُوَ) أَيْ العِفَّةُ وَذَكَرَهُ نَظَرًا إِلى قَوْله شَرْطٌ وَمَعْنَاهُ العِفَّةُ شَرْطُ وُجُوب حَدِّ القَذْف عَلى القَاذِف وَهِيَ فَائِتَةٌ فَلا يَجبُ الحَدُّ. وَقَوْلُهُ (وَلوْ **قَذَفَ امْرَأَةً لاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلد**) ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيل: اللعَانُ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزِّنَا فِي حَقِّهَا فَقَدْ وَجَدَ أَمَارَةَ الزِّنَا مِنْهَا فَيَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ الحَدُّ عَنْ القَاذِف نَظَرًا إِلى هَذَا.

قُلنَا: بَلى لكِنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ القَذْف فِي جَانب الزَّوْجِ فَبِالنَّظَرِ إِلى هَذَا الوَجْه تَكُونُ المَرْأَةُ مُحْصَنَةً فَتَعَارَضَ الوَجْهَان فَتَسَاقَطَا فَبَقِيَ القَذْفُ سَالِمًا عَنْ المُعَارِضِ فَوَجَبَ الحَدُّ عَلى القَاذِف. قَال صَاحِبُ النِّهَايَة: وَوَجَدْت بِخَطِّ شَيْخِي فِي جَوَاب هَذه الشُّبْهَة. قُلنَا: نَعَمْ إِنَّ اللعَانَ فِي جَانبِهَا قَائِمٌ مَقَامَ حَدِّ الزِّنَا، لكِنْ بِالنِّسْبَة إِلى الزَّوْجِ لا بِالنِّسْبَةِ إِلى غَيْرِه، فَكَانَتْ هِيَ مُحْصَنَةً بِالنِّسْبَة إِلى غَيْرِ الزَّوْجِ فَيَجبُ الحَدُّ عَلى قَاذِفِهَا.

فَقَال (وَمَن وَطِئَ وَطئًا حَرَامًا فِي غَيرِ مِلكِهِ لم يُحَدَّ قَاذِفُهُ) لفَوَاتِ العِفَّةِ وَهِيَ شَرطُ الإحصَانِ، وَلأَنَّ القَاذِفَ صَادِقٌ، وَالأَصلُ فِيهِ أَنَّ مَن وَطِئَ وَطئًا حَرَامًا لعَينِهِ لا يَجِبُ الحَدُّ بِقَذفِهِ؛ لأَنَّ الزِّنَا هُوَ الوَطءُ المُحَرَّمُ لعَينِهِ، وَإِن كَانَ مُحَرَّمًا لغَيرِهِ يُحَدُّ لأَنَّهُ ليسَ بِزِنًا فَالوَطءُ فِي غَيرِ المِلكِ مِن كُل وَجهٍ أَو مِن وَجهٍ حَرَامٌ لعَينِهِ وَكَذَا الوَطءُ فِي المِلكِ، وَالحُرمَةُ مُؤَبَّدَةٌ، فَإِن كَانَت الحُرمَةُ مُؤَقَّتَةً فَالحُرمَةُ لغَيرِهِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَشتَرِطُ أَن تَكُونَ الحُرمَةُ المُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةً بِالإِجمَاعِ، أَو بِالحَدِيثِ المَشهُورِ لتَكُونَ ثَابِتَةً مِن غَيرِ تَرَدُّدٍ (وَبَيَانُهُ أَنَّ مَن قَذَفَ رَجُلا وَطِئَ جَارِيَةً مُشتَرَكَةً بَينَهُ وَبَينَ آخَرَ فَلا حَدَّ عَليهِ) لانعِدَامِ المِلكِ مِن وَجهٍ (وَكَذَا إِذَا قَذَفَ امرَأَةً زَنَت فِي نَصرَانِيَّتِهَا) لتَحَقُّقِ الزِّنَا مِنهَا شَرعًا لانعِدَامِ المِلكِ وَلهَذَا وَجَبَ عَليهَا الحَدُّ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا **فِي غَيْرِ مِلكِه**) اعْلمْ أَنَّ الوَطْءَ الحَرَامَ بِالقِسْمَة

الأَوَّلِيَّة عَلى نَوْعَيْنِ: أَحَدُهُمَا حَرَامٌ لعَيْنه، وَالآخرُ لغَيْرِه، وَالأَوَّلُ مَنْشَأُ حُرْمَته شَيْئَان: حُصُولُهُ فِي غَيْرِ الملك منْ كُل وَجْه كَوَطْءِ الأَجْنَبِيَّة، أَوْ منْ وَجْه كَوَطْءِ الجَارِيَة المُشْتَرَكَة بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِه، وَحُصُولُهُ فِي امْرَأَة هِيَ حَرَامٌ عَلى الوَاطِئِ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً كَوَطْءِ أَمَته وَهيَ أُخْتُهُ منَ الرَّضَاعِ، وَمَا سوَى ذَلكَ فَهُوَ منَ النَّوْعِ الثَّاني كَوَطْءِ أَمَته المَجُوسيَّة وَوَطْءِ أَمَتَيْه الأُخْتَيْنِ، وَالقَاذفُ فِي النَّوْعِ الأَوَّل بوَجْهَيْه لا يُحَدُّ حَدَّ القَذْف لفَوَات العفَّة وَهُوَ شَرْطُ الإِحْصَان، وَلأَنَّ القَاذفَ صَادقٌ لأَنَّ الزِّنَا هُوَ الوَطْءُ الحَرَامُ لعَيْنه (وَأَبو حَنيفَةَ شَرَطَ أَنْ تَكُونَ الحُرْمَةُ المُؤَبَّدَةُ ثَابتَةً بالإِجْمَاعِ) كَمَوْطُوءَة للأَب بَعْدَ ملك النِّكَاح أَوْ ملك اليَمين إِذَا اشْتَرَاهَا ابْنُهُ فَوَطئَهَا لا يُحَدُّ قَاذفُهُ أَوْ بالحَديث المَشْهُور) كَحُرْمَة وَطْءِ المَنْكُوحَة بلا شُهُود فَإِنَّهَا ثَابتَةٌ بقَوْله ﷺ: «**لا نكَاحَ إلا بالشُّهُود**» وَهُوَ مَشْهُورٌ. وَفي النَّوْعِ الثَّاني يُحَدُّ لأَنَّ الحُرْمَةَ فيه بعَارضٍ عَلى وَجْه الزَّوَال؛ أَلا تَرَى أَنَّ المَجُوسيَّةَ إِذَا أَسْلَمَتْ أَوْ أَخْرَجَ إِحْدَى الأُخْتَيْنِ عَنْ ملكه حَل لهُ الوَطْءُ فَلَمْ يَكُنْ زِنًا فَيُحَدُّ قَاذفُهُ، وَبَقيَّةُ كَلامه ظَاهرٌ.

(وَلو قَذَفَ رَجُلا أَتَى أَمَتَهُ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَو امرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ أَو مُكَاتَبَةٌ لهُ فَعَلَيهِ الحَدُّ) لأَنَّ الحُرمَةَ مَعَ قِيَامِ المِلكِ وَهِيَ مُؤَقَّتَةٌ فَكَانَت الحُرمَةُ لغَيرِهِ فَلم يَكُن زِنًا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّ وَطءَ المُكَاتَبَةِ يُسقِطُ الإِحصَانَ، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ لأَنَّ المِلكَ زَائِلٌ فِي حَقِّ الوَطءِ وَلهَذَا يَلزَمُهُ العُقرُ بِالوَطءِ، وَنَحنُ نَقُولُ مِلكُ الذَّاتِ بَاقٍ وَالحُرمَةُ لغَيرِهِ إِذ هِيَ مُؤَقَّتَةٌ.

(وَلو قَذَفَ رَجُلا وَطِئَ أَمَتَهُ وَهِيَ أُختُهُ مِن الرَّضَاعَةِ لا يُحَدُّ) لأَنَّ الحُرمَةَ مُؤَبَّدَةٌ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ (وَلو قَذَفَ مُكَاتَبًا مَاتَ وَتَركَ وَفَاءً لا حَدَّ عَليهِ) لتَمَكُّنِ الشُّبهَةِ فِي الحُرِّيَّةِ لمَكَانِ اختِلافِ الصَّحَابَةِ رضي الله عنهم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا هُوَ الصَّحيحُ) احْترَازًا عَنْ قَوْل الكَرْخيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: بوَطْئهَا لا يَسْقُطُ إِحْصَانُهُ لأَنَّ حُرْمَةَ الفعْل مَعَ قيَامِ الملك الذي هُوَ المُبيحُ لا يَسْقُطُ إِحْصَانُهُ كَوَطْءِ امْرَأَته الحَائضِ أَوْ المَجُوسيَّة أَوْ التي ظَاهَرَ منْهَا أَوْ المُحَرَّمَةُ أَوْ أَمَتُهُ التي زَوَّجَهَا وَهيَ فِي عدَّة منْ غَيْرِه لأَنَّ ملكَ الحل قَائمٌ ببَقَاءِ سَبَبِه. وَوَجْهُ ظَاهرِ الرِّوَايَة أَنَّ بَيْنَ

الحل وَالحُرْمَة تَنافيًا، فَمنْ ضَرُورَة ثُبوت أَحَدهمَا يَنْتَفي الآخَرُ، وَالحُرْمَةُ المُؤَبَّدَةُ ثَابتَةٌ فَيَنْتَفي الحلُّ. وَقَوْلُهُ لأَنَّ مَالكَ الحل قَائمٌ ببَقَاءِ سَبَبه، قُلنَا: السَّبَبُ لا يُوجِبُ الحُكْمَ إلا فِي مَحَلٍّ قَابلٍ لهُ. وَإِذَا لَمْ يَكُنْ المَحَلُّ قَابلا للحل فِي حَقِّه لا يَثْبُتُ ملكُ الحل فَكَانَ فعْلُهُ فِي مَعْنَى الزِّنَا وَقَوْلُهُ (لمَكَان اخْتلاف الصَّحَابَة) يَعْني فِي أَنَّهُ مَاتَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا عَلى مَا يَجِيءُ فِي كِتَابِ المُكَاتَب إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى.

(وَلو قَذَفَ مَجُوسِيًّا تَزَوَّجَ بِأمِّهِ ثُمَّ أَسلمَ يُحَدُّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: لا حَدَّ عَليهِ) وَهَذَا بِنَاءً عَلى أَنَّ تَزَوُّجَ المَجُوسِيِّ بِالمَحَارِمِ لهُ حُكمُ الصِّحَّةِ فِيمَا بَينَهُم عِندَهُ خِلافًا لهُمَا. وَقَد مَرَّ فِي النِّكَاحِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ) أَيْ فِي بَابِ نِكَاحِ أَهْلِ الشِّرْكِ.

(وَإِذَا دَخَل الحَربِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَقَذَفَ مُسلمًا حُدَّ) لأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبدِ وَقَد التَزَمَ إِيفَاءَ حُقُوقِ العِبَادِ، وَلأَنَّهُ طَمِعَ فِي أَن لا يُؤذِيَ فَيَكُونَ مُلتَزِمًا أَن لا يُؤذِيَ وَمُوجِبُ أَذَاهُ الحَدُّ (وَإِذَا حُدَّ المُسلمُ فِي قَذفٍ سَقَطَت شَهَادَتُهُ وَإِن تَابَ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: تُقبَلُ إِذَا تَابَ وَهِيَ تُعرَفُ فِي الشَّهَادَاتِ (وَإِذَا حُدَّ الكَافِرُ فِي قَذفٍ لم تَجُز شَهَادَتُهُ عَلى أَهل الذِّمَّةِ) لأَنَّ لهُ الشَّهَادَةَ عَلى جِنسِهِ فَتُرَدُّ تَتِمَّةً لحَدِّهِ (فَإِن أَسلمَ قُبِلت شَهَادَتُهُ عَليهِم وَعَلى المُسلمِينَ) لأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ استَفَادَهَا بَعدَ الإِسلامِ فَلم تَدخُل تَحتَ الرَّدِّ، بِخِلافِ العَبدِ إِذَا حُدَّ حَدَّ القَذفِ ثُمَّ أُعتِقَ حَيثُ لا تُقبَلُ شَهَادَتُهُ لأَنَّهُ لا شَهَادَةَ لهُ أَصلا فِي حَال الرِّقِّ فَكَانَ رَدُّ شَهَادَتِهِ بَعدَ العِتقِ مِن تَمَامِ حَدِّهِ. (وَإِن ضُرِبَ سَوطًا فِي قَذفٍ ثُمَّ أَسلمَ ثُمَّ ضُرِبَ مَا بَقِيَ جَازَت شَهَادَتُهُ) لأَنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ مُتَمِّمٌ للحَدِّ فَيَكُونُ صِفَةً لهُ وَالمُقَامُ بَعدَ الإِسلامِ بَعضُ الحَدِّ فَلا يَكُونُ رَدُّ الشَّهَادَةِ صِفَةً لهُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ إِذ الأَقَلُّ تَابِعٌ للأَكثَرِ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَقَذَفَ مُسْلمًا حُدَّ) جَوابُ ظَاهرِ الرِّوَايَة، وَعَلى قَوْل أَبِي حَنيفَةَ أَوَّلا لا يُحَدُّ لأَنَّ المُغَلبَ فِيه حَقُّ الله تَعَالى عَلى مَا ذَكَرْنَا فَكَانَ بمَنْزلة حَدِّ الزِّنَا. وَجْهُ ظَاهرِ الرِّوَايَة مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ هَذه شَهَادَةٌ اسْتَفَادَهَا بَعْدَ الإِسْلامِ

فَلَمْ تَدْخُل تَحْتَ الرَّدِّ) رُدَّ بِأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَفَادَ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَأَمَّا عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ فَقَدْ كَانَتْ الأَهْلِيَّةُ مَوْجُودَةً وَقَدْ صَارَتْ مَجْرُوحَةً بِإِقَامَةِ الحَدِّ عَلَيْهِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ، بَل اسْتَفَادَ بِالإِسْلامِ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ تَبَعًا لأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَهَذِهِ غَيْرُ مَا كَانَتْ حِينَ أُقِيمَ عَلَيْهِ الحَدُّ، فَإِنَّ تِلْكَ كَانَتْ بِطَرِيقِ الأَصَالَةِ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ، وَهَذِهِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لِلْمُسْلِمِينَ، فَإِنَّ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ عَلَى الأَشْرَافِ تَقْتَضِي أَهْلِيَّتَهَا عَلَى الأَخَسِّ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: سَلَمْنَا وُجُودَ الْمُقْتَضِي لَكِنْ الْمَانِعُ وَهُوَ الرَّدُّ أَوَّلا مَوْجُودٌ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ العَبْدِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ **العَبْدُ إِذَا قَذَفَ فَضُرِبَ الحَدَّ ثُمَّ أُعْتِقَ لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فَكَيْفَ قُبِلَتْ شَهَادَةُ الكَافِرِ إِذَا أَسْلَمَ؟** وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الْمَعْقُولَ هُنَا انْعِكَاسُ حُكْمِهِمَا. لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لِلْكَافِرِ شَهَادَةٌ فِي جِنْسِهِ يَجِبُ أَنْ تُرَدَّ شَهَادَتُهُ بِحَدِّ القَذْفِ تَتْمِيمًا لِحَدِّ القَذْفِ ثُمَّ يَدُومُ ذَلِكَ الرَّدُّ إِلَى مَا بَعْدَ الإِسْلامِ، وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ لِلعَبْدِ شَهَادَةٌ فِي شَيْءٍ أَصْلا لَمْ يَنْعَقِدْ الحَدُّ حَال وُجُودِهِ مُوجِبًا لِرَدِّ الشَّهَادَةِ فَكَيْفَ يَنْقَلِبُ مُوجِبًا لِلرَّدِّ بَعْدَ ذَلِكَ؟ وَالجَوَابُ أَنَّ شَهَادَتَهُ الَّتِي كَانَتْ فِي جِنْسِهِ مَرْدُودَةٌ بِحَدِّ القَذْفِ قَبْلَ الإِسْلامِ وَبَعْدَهُ، وَالشَّهَادَةُ الْمَقْبُولَةُ هِيَ شَهَادَةُ الْمُسْلِمِ اكْتَسَبَهَا بِالإِسْلامِ فَلا تُرَدُّ، وَلَمْ نَقُل فِي العَبْدِ بِأَنَّ غَيْرَ الْمُوجِبِ انْقَلَبَ مُوجِبًا، وَإِنَّمَا تَوَقَّفْنَا فِي إِيجَابِهِ إِلَى حِينِ إِمْكَانِ الْمُوجِبِ وَهُوَ الرَّدُّ.

قَوْلُهُ (وَإِنْ ضُرِبَ سَوْطًا فِي قَذْفٍ) ظَاهِرٌ، وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الْمَقَامَ بَعْدَ الإِسْلامِ إِنْ كَانَ بَعْضَ الحَدِّ فَالْمَقَامُ قَبْلَ الإِسْلامِ كَذَلِكَ، فَكَمَا لا يَكُونُ رَدُّ الشَّهَادَةِ صِفَةً لِمَا أُقِيمَ بَعْدَ الإِسْلامِ فَكَذَلِكَ لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ صِفَةً لِمَا أُقِيمَ قَبْلَ الإِسْلامِ، بَل جَعْلُهُ صِفَةً لِمَا أُقِيمَ بَعْدَ الإِسْلامِ أَوْلَى لِمَا أَنَّ العِلَّةَ إِذَا كَانَتْ ذَاتَ وَصْفَيْنِ فَالاعْتِبَارُ لِلوَصْفِ الأَخِيرِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. وَالجَوَابُ أَنَّا لَمْ نَجْعَل الرَّدَّ صِفَةً لا لِلمَقَامِ قَبْلَ الإِسْلامِ وَلا لِلمَقَامِ بَعْدَهُ، وَإِنَّمَا قُلنَا إِنَّ الرَّدَّ صِفَةٌ لِلحَدِّ وَالحَدُّ ثَمَانُونَ وَلَمْ يُوجَدْ فَلَمْ تَتَرَتَّبْ التَّتِمَّةُ.

وَقِيلَ فِي الجَوَابِ النَّصُّ. وَرَدَ بِالأَمْرِ بِالحَدِّ وَالنَّهْيِ عَنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ مُرَتَّبٍ عَلَى الآخَرِ نَصًّا فَيَتَعَلَّقُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا يُمْكِنُ، وَالْمُمْكِنُ زَمَانَ النَّهْيِ رَدُّ شَهَادَةٍ قَائِمَةٍ لِلحَالِ فَيَتَقَيَّدُ بِهِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ وَالأَقَلُّ

تَابِعٌ للأَكْثَرِ) فَكَأَنَّ الكُل وُجِدَ بَعْدَ الإِسْلامِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا (وَالأَوَّلُ أَصَحُّ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِالأَمْرِ بِالحَدِّ وَالنَّهْيِ عَنْ قَبُول الشَّهَادَةِ إلخ.

قَال (وَمَن زَنَى أَو شَرِبَ أَو قَذَفَ غَيرَ مَرَّةٍ فَحَدٌّ فَهُوَ لِذَلكَ كُلِه) أَمَّا الأَوَّلانِ فَلأَنَّ المَقصِدَ مِن إِقَامَةِ الحَدِّ حَقًّا للهِ تَعَالى الانزِجَارُ، وَاحتِمَالُ حُصُولِه بِالأَوَّل قَائِمٌ فَتَتَمَكَّنُ شُبهَةُ فَوَاتِ المَقصُودِ فِي الثَّانِي، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إِذَا زَنَى وَقَذَفَ وَسَرَقَ وَشَرِبَ، لأَنَّ المَقصُودَ مِن كُل جِنسٍ غَيرُ المَقصُودِ مِن الآخَرِ فَلا يَتَدَاخَلُ. وَأَمَّا القَذفُ فَالمُغَلبُ فِيهِ عِندَنَا حَقُّ اللهِ فَيَكُونُ مُلحقًا بِهِمَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: إِن اختَلَفَ المَقذُوفُ أَو المَقذُوفُ بِهِ وَهُوَ الزِّنَا لا يَتَدَاخَلُ، لأَنَّ المُغَلبَ فِيهِ حَقُّ العَبدِ عِندَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَذَفَ أَوْ زَنَى إلخ) ظَاهِرٌ. وَذَكَرَ فِي المَبْسُوطِ: لَوْ قَذَفَ جَمَاعَةً فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ بِأَنْ قَال يَا أَيُّهَا الزُّنَاةُ، أَوْ كَلِمَات مُتَفَرِّقَة بِأَنْ قَال يَا زَيْدُ أَنْتَ زَانٍ وَيَا عَمْرُو أَنْتَ زَانٍ وَيَا خَالِدُ أَنْتَ زَانٍ لا يُقَامُ عَلَيْهِ إلا حَدٌّ وَاحِدٌ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إِنْ قَذَفَهُمْ بِكَلامٍ وَاحِدٍ فَكَذَلِكَ الجَوَابُ، وَإِنْ قَذَفَهُمْ بِكَلِمَات مُتَفَرِّقَة يُحَدُّ لِكُل وَاحِد مِنْهُمْ لأَنَّهُ حَقُّ المَقْذُوفِ عِنْدَهُ فَلا يَجْرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ عِنْدَ اخْتِلافِ السَّبَبِ، وَعِنْدَنَا أَنَّ المُغَلبَ فِيهِ حَقُّ اللهِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ لِلزَّجْرِ فَيَجْرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ كَسَائِرِ الحُقُوقِ.

فَصلٌ فِي التَّعزِيرِ

الشرح:

(فَصْلٌ فِي التَّعْزِيرِ) لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ الزَّوَاجِرِ المُقَدَّرَة الثَّابِتَة بِالكِتَابِ أَوْ السُّنَّة المَشْهُورَةِ ذَكَرَ فِي هَذَا الفَصْلِ الزَّوَاجِرَ التِي دُونَهَا فِي القَدْرِ وَقُوَّة الدَّلِيل وَهُوَ التَّعْزِيرُ، وَهُوَ تَأْدِيبٌ دُونَ الحَدِّ، وَأَصْلُهُ مِنْ العَزْرِ بِمَعْنَى الرَّدِّ وَالرَّدْعِ، وَالأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ مَنْ قَذَفَ غَيْرَهُ بِكَبِيرَة لَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ يَجِبُ التَّعْزِيرُ. قَال فِي الفَتَاوَى الظَّهِيرِيَّة: اعْلَمْ أَنَّ التَّعْزِيرَ قَدْ يَكُونُ بِالحَبْسِ وَقَدْ يَكُونُ بِالصَّفْعِ وَتَعْرِيك الأُذُن، وَقَدْ يَكُونُ بِالكَلامِ العَنِيف، وَقَدْ يَكُونُ بِالضَّرْب، وَقَدْ يَكُونُ بِنَظَرِ القَاضِي إِلَيْه بِوَجْه عَبُوسٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ التَّعْزِيرَ بِأَخْذ المَال، وَقَدْ قِيل رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ التَّعْزِيرَ مِنْ السُّلطَانِ بِأَخْذِ المَال جَائِزٌ، وَذَكَرَ الإِمَامُ التُّمُرْتَاشِيُّ أَنَّ التَّعْزِيرَ الذِي يَجِبُ حَقًّا للهِ تَعَالى يَلِي

إِقَامَتَهُ كُلُّ أَحَد بعلة النِّيَابَة عَنْ الله تَعَالى.

(وَمَن قَذَفَ عَبدًا أَو أَمَةً أَو أُمَّ وَلدٍ أَو كَافِرًا بِالزِّنَا عُزِّرَ) لأَنَّهُ جِنَايَةُ قَذفٍ، وَقَد امتَنَعَ وُجُوبُ الحَدِّ لفَقدِ الإحصَانِ فَوَجَبَ التَّعزِيرُ (وَكَذَا إِذَا قَذَفَ مُسلمًا بِغَيرِ الزِّنَا فَقَال يَا فَاسِقُ أَو يَا كَافِرُ أَو يَا خَبِيثُ أَو يَا سَارِقُ) لأَنَّهُ آذَاهُ وَأَلحَقَ الشَّينَ بِهِ، وَلا مَدخَل للقِيَاسِ فِي الحُدُودِ فَوَجَبَ التَّعزِيرُ، إلا أَنَّهُ يَبلُغُ بِالتَّعزِيرِ غَايَتَهُ فِي الجِنَايَةِ الأُولى لأَنَّهُ مِن جِنسِ مَا يَجِبُ بِهِ الحَدُّ، وَفِي الثَّانِيَةِ: الرَّأيُ إِلى الإِمَامِ (وَلو قَال يَا حِمَارُ أَو يَا خِنزِيرُ لم يُعَزَّر) لأَنَّهُ مَا أُلحِقَ الشَّينُ بِهِ للتَّيَقُّنِ بِنَفيِهِ. وَقِيل فِي عُرفِنَا يُعَزَّرُ لأَنَّهُ يُعَدُّ شَينًا، وَقِيل إِن كَانَ المَسبُوبُ مِن الأَشرَافِ كَالفُقَهَاءِ وَالعَلوِيَّةِ يُعَزَّرُ لأَنَّهُ يَلحَقُهُم الوَحشَةُ بِذَلك، وَإِن كَانَ مِن العَامَّةِ لا يُعَزَّرُ، وَهَذَا أَحسَنُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ **قَذَفَ عَبْدًا أَوْ** أَمَةً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فِي الجِنَايَة الأُولى) يَعْنِي مَا إِذَا **قَذَفَ عَبْدًا أَوْ** أَمَةً **أَوْ أُمَّ وَلَد بِالزِّنَا** (لأَنَّهُ) أَيْ القَذْفَ بِالزِّنَا (مِنْ جِنْسِ مَا يَجِبُ فيه الحَدُّ) وَقَوْلُهُ (فِي الثَّانِيَة) يَعْنِي قَوْلَهُ يَا فَاسِقُ إلخ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مَا أُلحَقَ الشَّيْنَ بِه للتَّيَقُّنِ بنَفْيه) قِيل بَل يَلحَقُ الشَّيْنُ بالقَاذف لأَنَّ كُل أَحَد أَنَّهُ آدَميٌّ، وَأَنَّ القَاذفَ كَاذبٌ، وَقَوْلُهُ ﷺ: «مَنْ بَلغَ **حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ** مِنْ الْمُعْتَدينَ»[1] نُقل بتَخْفيف بَلغَ مِنْ البُلُوغِ وَهُوَ السَّمَاعُ.

وَأَمَّا مَا يَجْرِي عَلَى أَلسِنَة الفُقَهَاءِ مِنْ التَّثْقيل إنْ صَحَّ فَعَلى حَذْف المَفْعُول الأَوَّل، وَالتَّقْديرُ مَنْ بَلغَ التَّعْزيرَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ، وَفيه نَبْوَةٌ تُعْرَفُ بالتَّأَمُّل الصَّحِيحِ، وَأَرَى أَنْ يَكُونَ تَقْديرُهُ مَنْ بَلغَ الضَّرْبَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنْ الْمُعْتَدينَ.

وَالتَّعزِيرُ أَكثَرُهُ تِسعَةٌ وَثَلاثُونَ سَوطًا وَأَقَلُّهُ ثَلاثُ جَلدَاتٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَبلُغُ بِالتَّعزِيرِ خَمسَةً وَسَبعِينَ سَوطًا. وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن بَلَغَ حَدًّا فِي غَيرِ حَدٍّ فَهُوَ مِن المُعتَدِينَ» وَإِذَا تَعذَّرَ تَبلِيغُهُ حَدًّا فَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ نَظَرَا إِلى أَدنَى الحَدِّ وَهُوَ حَدُّ العَبدِ فِي القَذفِ فَصَرَفَاهُ إِليهِ وَذَلكَ أَربَعُونَ سَوطًا فَنَقَصَا مِنهُ سَوطًا. وَأَبُو يُوسُفَ اعتَبَرَ أَقَل الحَدِّ فِي الأَحرَارِ إِذ الأَصلُ هُوَ الحُرِّيَّةُ ثُمَّ نَقَصَ سَوطًا فِي رِوَايَةٍ عَنهُ،

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٥٦٧)، وانظر نصب الراية (٣/٥٤٤).

وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَفِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ نَقَصَ خَمْسَةً وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ فَقَلَّدَهُ ثُمَّ قَدَّرَ الأَدْنَى فِي الْكِتَابِ بِثَلَاثِ جَلَدَاتٍ لأَنَّ مَا دُونَهَا لَا يَقَعُ بِهِ الزَّجْرُ، وَذَكَرَ مَشَايِخُنَا أَنَّ أَدْنَاهُ عَلَى مَا يَرَاهُ الإِمَامُ فَيُقَدَّرُ بِقَدْرِ مَا يُعْلَمُ أَنَّهُ يَنْزَجِرُ لأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ النَّاسِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ عَلَى قَدْرِ عِظَمِ الْجُرْمِ وَصِغَرِهِ، وَعَنْهُ أَنْ يُقَرَّبَ كُلُّ نَوْعٍ مِنْ بَابِهِ؛ فَيُقَرَّبُ الْمَسُّ وَالْقُبْلَةُ مِنْ حَدِّ الزِّنَا، وَالْقَذْفُ بِغَيْرِ الزِّنَا مِنْ حَدِّ الْقَذْفِ.

الشرح:

(**فَإِذَا تَعَذَّرَ تَبْلِيغُهُ حَدًّا** فَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ نَظَرَا إِلَى أَدْنَى الْحَدِّ) وَهُوَ حَدُّ الْعَبْدِ فِي الْقَذْفِ (فَصَرَفَاهُ إِلَيْهِ وَذَلِكَ أَرْبَعُونَ فَنَقَصَا مِنْهُ سَوْطًا) وَهَذَا حَقٌّ لأَنَّ مَنْ اعْتَبَرَ حَدَّ الأَحْرَارِ فَقَدْ بَلَغَ حَدًّا وَهُوَ حَدُّ الْعَبْدِ، وَالتَّنْكِيرُ فِي الْحَدِيثِ يُنَافِيهِ. وَوَجْهُ نُقْصَانِ السَّوْطِ الْوَاحِدِ فِي الْمَذْهَبَيْنِ جَمِيعًا هُوَ أَنَّ الْبُلُوغَ إِلَى تَمَامِ الْحَدِّ تَعَذَّرَ وَلَيْسَ بَعْدَهُ قَدْرٌ مُعَيَّنٌ كَرُبُعٍ أَوْ ثُلُثٍ أَوْ عُشْرٍ فَيُصَارُ إِلَى أَقَلِّ مَا يُمْكِنُ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ وَنَظِيرُهُ وَقْتُ الصَّلَاةِ، فَإِنَّ الْكُلَّ لَمَّا لَمْ يُمْكِنْ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا وَلَيْسَ بَعْدَهُ جُزْءٌ مُعَيَّنٌ صُيِّرَ إِلَى أَقَلِّ مَا يُمْكِنُ وَهُوَ الْجُزْءُ الَّذِي لَا يَتَجَزَّأُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (فَيُقَرَّبُ اللَّمْسُ وَالْقُبْلَةُ مِنْ حَدِّ الزِّنَا) يَعْنِي فَيَكُونُ فِيهِ أَكْثَرُ الْجَلَدَاتِ. وَقَوْلُهُ (وَ**الْقَذْفُ بِغَيْرِ الزِّنَا** مِنْ حَدِّ الْقَذْفِ) يَعْنِي فَيَكُونُ فِيهِ أَقَلُّ الْجَلَدَاتِ.

قَالَ (وَإِنْ رَأَى الإِمَامُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى الضَّرْبِ فِي التَّعْزِيرِ الْحَبْسَ فَعَلَ) لأَنَّهُ صَلُحَ تَعْزِيرًا وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي الْجُمْلَةِ حَتَّى جَازَ أَنْ يَكْتَفِيَ بِهِ فَجَازَ أَنْ يُضَمَّ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا لَمْ يُشْرَعْ فِي التَّعْزِيرِ بِالتُّهْمَةِ قَبْلَ ثُبُوتِهِ كَمَا شُرِعَ فِي الْحَدِّ لأَنَّهُ مِنَ التَّعْزِيرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) يَعْنِي الْحَبْسَ (صَلُحَ تَعْزِيرًا) وَقَوْلُهُ (وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ) أَيْ بِالْحَبْسِ وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا لِلتَّعْزِيرِ» (وَقَوْلُهُ وَلِهَذَا لَمْ يَشْرَعْ فِي التَّعْزِيرِ بِالتُّهْمَةِ) لإِيضَاحِ أَنَّ الْحَبْسَ يَصْلُحُ لِلتَّعْزِيرِ فِيمَا يَجِبُ فِيهِ التَّعْزِيرُ: أَيْ لَمْ يُشْرَعْ الْحَبْسُ بِسَبَبِ التُّهْمَةِ فِي الشَّيْءِ الَّذِي يُوجِبُ التَّعْزِيرَ لَوْ ثَبَتَ قَبْلَ ثُبُوتِهِ بِأَنْ **شَهِدَ شَاهِدَانِ مَسْتُورَانِ عَلَى أَنَّهُ قَذَفَ مُحْصَنًا فَقَالَ يَا فَاسِقُ أَوْ يَا كَافِرُ** فَلَا يُحْبَسُ الْمُتَّهَمُ قَبْلَ تَعْدِيلِ الشُّهُودِ. وَفِي فَصْلِ الْحَدِّ يُحْبَسُ بِالتُّهْمَةِ لأَنَّ فِي بَابِ الْحَدِّ شَيْئًا آخَرَ فَوْقَ الْحَبْسِ وَهُوَ إِقَامَةُ الْحَدِّ عِنْدَ وُجُودِ مُوجِبِهِ فَيَجُوزُ أَنْ يُحْبَسَ فِي تُهْمَتِهِ لِتَنَاسُبِ إِقَامَةِ الْعُقُوبَةِ الأَدْنَى بِمُقَابَلَةِ

الذَّنْبِ الأدْنَى.

وَفِي بَابِ الأَمْوَالِ وَالتَّعْزِيرِ لا يُحْبَسُ بِالتُّهْمَةِ لأَنَّ الأَقْصَى فِيهِمَا عُقُوبَةُ الحَبْسِ، فَلوْ حُبِسَا بالتُّهْمَة فِيهِمَا لكَانَ إقَامَةُ العُقُوبَة الأَعْلَى بمُقَابَلة الذَّنْب الأدْنَى وَهُوَ ممَّا يَأْبَاهُ الشَّرْعُ، وَلَمَّا لَمْ يُشْرَعْ الحَبْسُ عنْدَ تُهْمَة مُوجب التَّعْزِيرِ عُلمَ أَنَّ الحَبْسَ منْ التَّعْزِير، إذْ لوْ لَمْ يَكُنْ الحَبْسُ منْ التَّعْزِيرِ لَحُبِسَ عنْدَ تُهْمَة مُوجب التَّعْزِيرِ كَمَا يُحْبَسُ عنْدَ تُهْمَة مُوجبِ الزِّنَا فَلمَّا كَانَ الحَبْسُ منْ التَّعْزِيرِ بهَذَا الدَّليل جَازَ للإمَامِ أَنْ يَضُمَّهُ إلى الضَّرْبِ إنْ رَأَى ذَلكَ، كَمَا أَنَّ للإمَامِ الرَّأْيَ فِي تَقْدِيرِ الضَّرَبَات فَكَذَلكَ فِي ضَمِّ الحَبْسِ إلى الضَّرْب. قَال: وَأَشَدُّ الضَّرْب التَّعْزيرُ. قَال الحَاكمُ فِي الكَافِي: وَضَرْبُ التَّعْزيرِ أَشَدُّ منْ ضَرْبِ الزَّانِي، وَضَرْبُ الزَّانِي أَشَدُّ منْ ضَرْبِ الشَّارب، وَضَرْبُ الشَّارب أَشَدُّ منْ ضَرْبِ القَاذف، وَضَرْبُ القَاذف أَخفُّ منْ جَميعِ ذَلكَ، وَإنَّمَا كَانَ ضَرْبُ التَّعْزيرِ أَشَدَّ لأَنَّهُ نَاقصُ المقْدَارِ وَهُوَ تَخْفيفٌ.

قَال (وَأَشَدُّ الضَّربِ التَّعزِيرُ) لأَنَّهُ جَرَى التَّخفِيفُ فِيهِ مِن حَيثُ العَدَدُ فَلا يُخَفَّفُ مِن حَيثُ الوَصفُ كَي لا يُؤَدِّيَ إلى فَوَاتِ المَقصُودِ، وَلِهَذَا لم يُخَفَّف مِن حَيثُ التَّفرِيقُ عَلى الأعضَاءِ قَال (ثُمَّ حَدُّ الزِّنَا) لأَنَّهُ ثَابِتٌ بِالكِتَابِ، وَحَدُّ الشُّربِ ثَبَتَ بِقَول الصَّحَابَة، وَلأَنَّهُ أَعظَمُ جِنَايَةً حَتَّى شُرِعَ فِيهِ الرَّجمُ (ثُمَّ حَدُّ الشُّربِ) لأَنَّ سَبَبَهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ (ثُمَّ حَدُّ القَذفِ) لأَنَّ سَبَبَهُ مُحتَمِلٌ لاحتِمَال كَونِهِ صَادِقًا وَلأَنَّهُ جَرَى فِيهِ التَّغلِيظُ مِن حَيثُ رَدُّ الشَّهَادَةِ فَلا يُغَلَّظُ مِن حَيثُ الوَصفُ.

الشرح:

(فَلا يُخَفَّفُ ثَانيًا فِي وَصْفه كَيْ لا يُؤَدِّيَ إلى تَفْويت المَقْصُود) وَهُوَ الزَّجْرُ. وَاخْتَلفَ المَشَايخُ فِي **شدَّته**، قَال فِي شَرْحِ الطَّحَاويِّ: قَال بَعْضُهُمْ: هُوَ الجَمْعُ فِي عُضْوٍ وَاحدٍ بجَمْعِ الأَسْوَاط بعُضْوٍ وَاحد وَلا يُفَرَّقُ عَلى الأَعْضَاء، بخلاف سَائرِ الحُدُود. وَقَال بَعْضُهُمْ: لا بَل شدَّتُهُ فِي الضَّرْب لا فِي الجَمْع، وَيَدُلُّ عَلى ذَلكَ مَا رَوَى أَبُو عُبَيْدَةَ وَغَيْرُهُ أَنَّ رَجُلا أَقْسَمَ عَلى أُمِّ سَلمَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا فَضَرَبَهُ عُمَرُ ﷺ ثَلاثِينَ سَوْطًا كُلُّهَا يُبْضِعُ وَيَحْدُرُ: أَيْ يَشُقُّ وَيُورِّمُ. وَمَعْلُومٌ أَنَّ عُمَرَ ﷺ ضَرَبَهُ بطَرِيقِ التَّعْزِير، وَلعَل المُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللهُ اخْتَارَهُ يُشيرُ إليْه قَوْلُهُ وَلهَذَا لمْ يُخَفَّفْ منْ حَيْثُ التَّفْرِيقُ عَلى الأَعْضَاءِ، فَلوْ كَانَ الشِّدَّةُ عبَارَةً عَنْ عَدَمِ التَّفْرِيقِ لزِمَ تَوْضِيحُ الشَّيْءِ بنَفْسه. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ

حَدُّ الزِّنَا) ظَاهِرٌ.

(وَمَن حَدَّهُ الإمَامُ أَو عَزَّرَهُ فمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ) لأنَّهُ فعَل مَا فعَل بأمرِ الشَّرعِ، وَفِعلُ المَأمُورِ لا يَتَقَيَّدُ بِشَرطِ السَّلامَةِ كَالفِصَادِ وَالبَزَّاغِ، بِخِلافِ الزَّوجِ إِذَا عَزَّرَ زَوجَتَهُ لأنَّهُ مُطلقٌ فِيهِ، وَالإطلاقَاتُ تَتَقَيَّدُ بِشَرطِ السَّلامَةِ كَالمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيتِ المَال لأنَّ الإتلافَ خَطَأً فِيهِ، إذ التَّعزِيرُ للتَّأدِيبِ غَيرَ أَنَّهُ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيتِ المَال لأنَّ نَفعَ عَمَلِهِ يَرجِعُ عَلَى عَامَّةِ المُسلمِينَ فَيَكُونُ الغُرمُ فِي مَالِهِم. قُلنَا لَمَّا استَوفَى حَقَّ اللهِ تَعَالى بِأمرِهِ صَارَ كَأَنَّ اللهَ أَمَاتَهُ مِن غَيرِ وَاسِطَةٍ فَلا يَجِبُ الضَّمَانُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ حَدَّهُ الإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ) ذَكَرَ مَسْأَلَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الأَمْرِ وَهُوَ لا يَقْتَضِي السَّلامَةَ فِي إِتْيَانِ المَأْمُورِ بِهِ، وَالأُخْرَى عَلَى الإِطْلاقِ وَهُوَ نَقِيضُهَا. وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الأَمْرَ لِطَلَبِ المَأْمُورِ بِهِ وَهُوَ مِنْ الإِثْبَاتَاتِ وَهِيَ لا تَقْبَلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يُشْبِهُ القِمَارَ، وَلأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ عَلَى المَأْمُورِ ذَلِكَ الفِعْلُ بِالأَمْرِ فَيَأْتِي المَأْمُورُ بِمَا فِي وُسْعِهِ غَيْرَ مُرَاقِبٍ لِلسَّلامَةِ لأَنَّهُ قَدْ لا يَتَحَقَّقُ بِوَصْفِ السَّلامَةِ فَيَبْقَى المَأْمُورُ فِي ضَرْبِ الوُجُوبِ، وَأَمَّا الإِطْلاقُ فَإِسْقَاطٌ لِكَوْنِهِ رَفْعُ القَيْدِ وَهُوَ قَابِلٌ لِلتَّعْلِيقِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلامَةِ، وَلأَنَّ الفِعْلَ المُطْلَقَ فِي اخْتِيَارِ فَاعِلِهِ لأَنَّهُ حَقُّ الفَاعِلِ إِنْ شَاءَ فَعَلَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَفْعَلْ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَقَيَّدَ بِوَصْفِ السَّلامَةِ لأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ فِي تَرْكِ وَصْفِ السَّلامَةِ كَالمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي التَّعْزِيرِ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ لأَنَّ الإِتْلافَ خَطَأٌ فِيهِ إِذْ التَّعْزِيرُ لِلتَّأْدِيبِ، غَيْرَ أَنَّهُ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ لأَنَّ نَفْعَ عَمَلِهِ يَعُودُ إِلَى عَامَّةِ المُسْلِمِينَ فَيَكُونُ الغُرْمُ فِي مَالِهِمْ. قُلْنَا: إِنَّهُ لَمَّا اسْتَوْفَى حَقَّ اللهِ تَعَالَى بِأَمْرِهِ صَارَ كَأَنَّ اللهَ تَعَالَى أَمَاتَهُ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ فَلا يَجِبُ الضَّمَانُ) وَاللهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ السَّرِقَةِ

السَّرِقَةُ فِي اللُّغَةِ أَخذُ الشَّيءِ مِن الغَيرِ عَلى سَبِيل الخُفيَةِ وَالاستِسرَارِ، وَمِنهُ استِرَاقُ السَّمعِ، قَال اللهُ تَعَالى: ﴿ إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ ﴾ [الحجر: ١٨] وَقَد زِيدَت عَليهِ أَوصَافٌ فِي الشَّرِيعَةِ عَلى مَا يَأتِيك بَيَانُهُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى. وَالمَعنَى اللُّغَويُّ مُرَاعًى فِيهَا ابتِدَاءً وَانتِهَاءً أَو ابتِدَاءً لا غَيرَ، كَمَا إذَا نَقَبَ الجِدَارَ عَلى الاستِسرَارِ وَأَخَذَ المَال مِن المَالكِ مُكَابَرَةً عَلى الجِهَارِ. وَفِي الكُبرَى: أَعنِي قَطعَ الطَّرِيقِ مُسَارَقَةُ عَينِ الإِمَامِ لأَنَّهُ هُوَ المُتَصَدِّي لحِفظِ الطَّرِيقِ بِأَعوَانِهِ. وَفِي الصُّغرَى: مُسَارَقَةُ عَينِ المَالكِ أَو مَن يَقُومُ مَقَامَهُ.

الشرح:

(كِتَابُ السَّرِقَةِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ الزَّوَاجِرِ المُتَعَلِّقَة بِصِيَانَة النُّفُوسِ شَرَعَ فِي ذِكْرِ الزَّوَاجِرِ المُتَعَلِّقَة بِصِيَانَة الأَمْوَال، لأَنَّ صِيَانَةَ النَّفْسِ أَقْدَمُ مِنْ صِيَانَة المَال، وَالسَّرِقَةُ فِي اللُّغَة عِبَارَةٌ عَمَّا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وقَوْله تَعَالى: ﴿ إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ ﴾ [الحجر: ١٨] مَعْنَاهُ اسْتَمَعَ إلَيْه عَلى وَجْه الخُفْيَة. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ زِيدَتْ عَلَيْه أَوْصَافٌ فِي الشَّرِيعَة) هِيَ أَنْ يُقَال: السَّرِقَةُ أَخْذُ مَال الغَيْرِ عَلى سَبِيل الخُفْيَة نصَابًا مُحْرَزًا للتَّمَوُّل غَيْرَ مُتَسَارِعٍ إلَيْه الفَسَادُ مِنْ غَيْرِ تَأْوِيلٍ وَلا شُبْهَة (وَالمَعْنَى اللُّغَوِيُّ) وَهُوَ أَخْذُ الشَّيْءِ مِنْ الغَيْرِ عَلى سَبِيل الخُفْيَة وَالاسْتِسْرَارِ أَمْرٌ (مُرَاعًى فِيهَا).

قَال صَاحِبُ النِّهَايَة: اعْلَمْ أَنَّ مَا نَقَلَهُ الشَّارِعُ إلَيْنَا عَلى ثَلاثَة أَقْسَامٍ: أَحَدُهَا مَا هُوَ المُقَرَّرُ عَلى مَا أَنْبَأَنَا بِه اللُّغَةُ مِنْ غَيْرِ تَغْيِيرٍ كَقَوْله تَعَالى: ﴿ وَجَآءَ إِخْوَةُ يُوسُفَ ﴾ [يوسف: ٥٨] ﴿ وَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَازِهِمْ ﴾ [يوسف: ٥٩] وَالثَّانِي مَا هُوَ المَعْدُولُ عَمَّا أَنْبَأَنَا بِه اللُّغَةُ مِنْ كُل وَجْه كَالصَّلاة وَالزَّكَاة وَالصَّوْم، فَإِنَّ الصَّلاةَ شَرْعًا عِبَارَةٌ عَنْ الأَرْكَانِ المَعْهُودَة وَلَيْسَ لهَا إنْبَاءٌ لُغَوِيٌّ وَكَذَلكَ فِي غَيْرِهَا. وَالثَّالثُ مَا أَنْبَأَنَا بِه اللُّغَةُ مُقَرَّرٌ مَعَ زِيَادَة شَيْءٍ فِيه شَرْعًا كَالسَّرِقَة عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ الصَّلاةَ فِي اللُّغَة الدُّعَاءُ وَهِيَ مُقَرَّرَةٌ فِي الشَّرْعِ مَعَ زِيَادَة أَوْصَافٍ، وَكَذَلكَ الصَّوْمُ هُوَ الإِمْسَاكُ وَالزَّكَاةُ هُوَ النَّمَاءُ وَالحَجُّ هُوَ القَصْدُ، وَالمَعَانِي اللُّغَوِيَّةُ فِي كُل ذَلكَ مَوْجُودَةٌ مَعَ زِيَادَة أَوْصَافٍ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بِأَنَّهُ نَظَرٌ عَلى المِثَال وَهُوَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ عِنْدَ المُحَصِّلِينَ.

وَقَوْلُهُ (كَمَا إذَا نَقَبَ الجِدَارَ عَلى الاسْتِسْرَارِ) نَظِيرُ مَا يَكُونُ مَعْنَاهُ اللُّغَوِيُّ

مَوْجُودًا فِيهِ ابْتِدَاءً وَتَرَكَ نَظِيرَ الأَوَّلِ لِظُهُورِهِ، وَكَانَ القِيَاسُ أَنْ لا يَقْطَعَ فِيمَا **إِذَا نَقَبَ الجِدَارَ عَلَى الاسْتِسْرَارِ** وَأَخَذَ المَالَ مِنْ المَالِكِ مُكَابَرَةً: أَيْ مُقَاتَلَةً بِسِلاحٍ لأَنَّ رُكْنَ السَّرِقَةِ الأَخْذُ عَلَى سَبِيلِ الخُفْيَةِ وَالاسْتِسْرَارِ، وَالخُفْيَةُ إِنْ وُجِدَتْ وَقْتَ الدُّخُولِ لَمْ تُوجَدْ وَقْتَ الأَخْذِ فَإِنَّ الأَخْذَ حَصَلَ بِطَرِيقِ المُغَالَبَةِ لَكِنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا وَقَالُوا بِوُجُوبِ القَطْعِ لأَنَّهُمْ لَوْ اعْتَبَرُوا الخُفْيَةَ وَقْتَ الأَخْذِ لامْتَنَعَ القَطْعُ فِي أَكْثَرِ السَّرِقَاتِ لأَنَّ أَكْثَرَهَا فِي اللَّيَالِي يَصِيرُ مُغَالَبَةً فِي الانْتِهَاءِ لأَنَّهُ وَقْتٌ لا يَلْحَقُ الغَوْثُ وَقَوْلُهُ (أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ) يَعْنِي المُودِعَ وَالمُسْتَعِيرَ وَالمُضَارِبَ وَالغَاصِبَ وَالمُرْتَهِنَ.

قَال (وَإِذَا سَرَقَ العَاقِلُ البَالِغُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ أَو مَا يَبلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مَضرُوبَةً مِن حِرزٍ لا شُبهَةَ فِيهِ وَجَبَ القَطعُ) وَالأَصلُ فِيهِ قَولُه تَعَالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] الآيَةَ وَلا بُدَّ مِن اعتِبَارِ العَقلِ وَالبُلُوغِ لأَنَّ الجِنَايَةَ لا تَتَحَقَّقُ دُونَهُمَا وَالقَطعُ جَزَاءُ الجِنَايَةِ، وَلا بُدَّ مِن التَّقدِيرِ بِالمَالِ الخَطِيرِ لأَنَّ الرَّغَبَاتِ تَفتُرُ فِي الحَقِيرِ، وَكَذَا أَخذُهُ لا يَخفَى فَلا يَتَحَقَّقُ رُكنُهُ وَلا حِكمَةُ الزَّجرِ لأَنَّهَا فِيمَا يَغلِبُ، وَالتَّقدِيرُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ مَذهَبُنَا. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ التَّقدِيرُ بِرُبعِ دِينَارٍ. وَعِندَ مَالِكٍ رَحمَةُ اللهِ تَعَالى عَلَيهِ بِثَلاثَةِ دَرَاهِمَ. لَهُمَا أَنَّ القَطعَ عَلَى عَهدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ مَا كَانَ إِلا فِي ثَمَنِ المِجَنِّ[(١)]، وَأَقَلُّ مَا نُقِل فِي تَقدِيرِهِ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ، وَالأَخذُ بِالأَقَلِّ المُتَيَقَّنِ بِهِ أَولى، غَيرَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: «كَانَت قِيمَةُ الدِّينَارِ عَلَى عَهدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ اثنَي عَشَرَ دِرهَمًا» وَالثَّلاثَةُ رُبعُهَا. وَلَنَا أَنَّ الأَخذَ بِالأَكثَرِ فِي هَذَا البَابِ أَولى احتِيَالا لِدَرءِ الحَدِّ.

وَهَذَا لأَنَّ فِي الأَقَلِّ شُبهَةَ عَدَمِ الجِنَايَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلحَدِّ، وَقَد تَأَيَّدَ ذَلِكَ بِقَولِهِ ﷺ: «لا قَطعَ إِلا فِي دِينَارٍ، أَو عَشَرَةِ دَرَاهِمَ»[(٢)] وَاسمُ الدَّرَاهِمِ يَنطَلِقُ عَلَى المَضرُوبَةِ عُرفًا فَهَذَا يُبَيِّنُ لك اشتِرَاطَ المَضرُوبِ كَمَا قَال فِي الكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الأَصَحُّ رِعَايَةً لِكَمَالِ الجِنَايَةِ، حَتَّى لو سَرَقَ عَشَرَةً تِبرًا قِيمَتُهَا أَنقَصُ مِن عَشَرَةٍ مَضرُوبَةٍ لا يَجِبُ القَطعُ، وَالمُعتَبَرُ وَزنُ سَبعَةِ مَثَاقِيل لأَنَّهُ هُوَ المُتَعَارَفُ فِي عَامَّةِ البِلادِ. وَقَولُهُ أَو مَا يَبلُغُ

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٩٣)، ومسلم في الحدود (٥) عن عائشة، بلفظ: «لم تقطع يد سارق في عهد رسول الله ﷺ في أقل من ثمن المجن».

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح الآثار (٢/٩٣)، وانظر نصب الراية (٣/٥٤٧).

قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ غَيرَ الدَّرَاهِمِ تُعتَبَرُ قِيمَتُهُ بِهَا وَإِن كَانَ ذَهَبًا، وَلا بُدَّ مِن حِرزٍ لا شُبهَةَ فِيهِ لأَنَّ الشَّهَادَةَ دَارِئَةٌ، وَسَنُبَيِّنُهُ مِن بَعدُ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

الشرح:

قَال (**وَإِذَا سَرَقَ العَاقِلُ البَالغُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ أَوْ مَا يَبْلُغُ قِيمَتُهُ ذَلكَ مَضْرُوبَةً منْ حرْزٍ لا شُبْهَةَ فيه**) عَلى مَا سَيَظْهَرُ لك مَعْنَاهُ (وَجَبَ القَطْعُ لقَوْله تَعَالى ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة: ٣٨]) فَإِنَّ الحُكْمَ إذَا تَرَتَّبَ عَلى صفَة كَانَ مَصْدَرُهَا علةً لهُ كَمَا عُرِفَ، وَالآيَةُ كَمَا تَرَى عَامٌّ، لكنَّهُ لمْ يَتَنَاوَل الصَّبيَّ وَالمَجْنُونَ لأَنَّهُ خطَابُ الشَّرْعِ فَهُوَ تَكْليفٌ، وَلا تَكْليفَ إلا مَعَ العَقْل وَالبُلُوغِ فَلا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقهِمَا لتَحَقُّقِ الجنَايَة المُسْتَلزِمَة للجزَاء.

وَأَمَّا تَقْديرُ المَال فَلمَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب وَهُوَ قَوْلُ فُقَهَاءِ الأَمْصَار. وَأَمَّا أَصْحَابُ الظَّوَاهِرِ فَلا يَعْتَبِرُونَ النِّصَابَ وَهُوَ مَنْقُولٌ عَنْ الحَسَنِ البَصْرِيِّ ﷺ مُسْتَدلًّا بظَاهِرِ الآيَة، فَإِنَّهُ ليْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلى النِّصَابِ أَصْلا، بخلاف كَوْنه مَالا مُحْرَزًا فَإِنَّ لفْظَ السَّرِقَة يَدُلُّ عَلى ذَلكَ؛ لأَنَّ أَخْذَ المُبَاحِ يُسَمَّى اصْطيَادًا أَوْ احْتطَابًا لا سَرِقَةً، وَكَذَلكَ مَا ليْسَ بمُحْرَزٍ فَأَخْذُهُ لا يُسَمَّى سَرِقَةً لانْعدَامِ مُسَارَقَة عَيْنِ الحَافظ. وَقُلنَا: مَعْنَى اسْمِ السَّارِق يَدُلُّ عَلى خَطَرِ المَأْخُوذ لأَنَّهُ مُشْتَقٌّ منْ السَّرِقَة وَهِيَ القِطْعَةُ منْ الحَرِيرِ فَلا بُدَّ منْ التَّقْدِيرِ بالمَال الخَطِيرِ مُحَافَظَةً عَلى المَفْهُومِ اللُّغَوِيِّ، وَالتَّقْدِيرُ بعَشَرَة دَرَاهمَ بقَوْله ﷺ: «**لا قَطْعَ إلا فِي دِينَارٍ أَوْ عَشَرَة دَرَاهمَ**» رَوَاهُ التِّرْمذيُّ فِي جَامعه عَنْ ابْنِ مَسْعُود.

وَقَوْلُهُ (وَاسْمُ الدَّرَاهِمِ يَنطَلقُ عَلى المَضْرُوبَة عُرْفًا) بَيَانٌ لقَوْله عَشَرَةُ دَرَاهمَ مَضْرُوبَةٌ. وَاسْتدْلالٌ عَليْه بلفْظِ الدَّرَاهِمِ المَذْكُورَة فِي الحَديث، وَالمُرَادُ بالكتَاب القُدُورِيُّ.

وَقَوْلُهُ (وَهُوَ الأَصَحُّ) احْترَازٌ عَمَّا رَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنيفَةَ مَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ المَضْرُوبَةَ وَغَيْرَهَا سَوَاءٌ، وَكَلامُهُ ظَاهرٌ. فَإنْ قُلت: رَوَتْ عَائشَةُ رَضيَ اللهُ عَنْهَا «أَنَّ يَدَ السَّارِقِ لمْ تُقْطَعْ فِي عَهْد النَّبيِّ ﷺ إلا فِي ثَمَن مجَنٍّ حَجَفَة أَوْ تُرْسٍ»، وَرَوَى مَالكٌ عَنْ نَافعٍ عَنْ عَبْد الله بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُول الله ﷺ: «**قَطَعَ سَارِقًا فِي مجَنٍّ ثَمَنُهُ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ**». وَقَدْ أَخَذَ بِه مَالكٌ رَضيَ اللهُ عَنْهُ. وَرَوَتْ عَمْرَةُ عَنْ عَائشَةَ مَوْقُوفًا وَمَرْفُوعًا

إلى النَّبيِّ ﷺ: «أَنَّ النَّبيَّ ﷺ كَانَ يَقْطَعُ فِي رُبُعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا»، وَبِهِ أَخَذَ الإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ﷺ فَمَا وَجْهُ دَفْعِ ذَلِكَ؟ قُلت: مَدْلُولُ الحَدِيثَيْنِ وَاحِدٌ لأَنَّ قِيمَةَ الدِّينَارِ كَانَتْ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا وَثَلاثُ دَرَاهِمَ كَانَتْ رُبُعَ دِينَارٍ، وَيُعَارِضُهُمَا مَا رُوِيَ فِي السُّنَنِ وَشَرْحِ الآثَارِ مُسْنَدًا إلى عَطَاءٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَطَعَ رَجُلا فِي مِجَنٍّ قِيمَتُهُ دِينَارٌ أَوْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ»، وَلَمَّا تَعَارَضَا وَلا مُرَجِّحَ صِرْنَا إلى إطْلاقِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**لا قَطْعَ إلا فِي دِينَارٍ**» الحَدِيثَ، وَإِلَى المَعْقُولِ وَهُوَ أَنَّ العَمَلَ بِمَذْهَبِنَا يَسْتَلْزِمُ العَمَلَ بِمَذْهَبِهِمَا مَعَ اشْتِمَالِهِ عَلَى الاحْتِيَالِ لِلدَّرْءِ فَوَجَبَ العَمَلُ بِهِ.

قَالَ (وَالعَبدُ وَالحرُّ فِي القَطعِ سَوَاءٌ) لأنَّ النَّصَّ لم يُفَصِّل، وَلأَنَّ التَّنصِيفَ مُتَعَذِّرٌ فَيَتَكَامَلُ صِيَانَةً لأموَالِ النَّاسِ.

الشرح:

قَالَ (وَالعَبْدُ وَالحُرُّ فِي القَطْعِ سَوَاءٌ) قَدَّمَ ذِكْرَ العَبْدِ عَلَى الحُرِّ لِكَوْنِهِ أَهَمَّ لأَنَّ عَدَمَ التَّسَاوِي إنَّمَا يُتَوَهَّمُ مِنْ جِهَتِهِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ وَبَيَانٌ.

(وَيَجِبُ القَطعُ بِإقرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا يُقطَعُ إلا بِالإِقرَارِ مَرَّتَينِ) وَرُوِيَ عَنهُ أَنَّهُمَا فِي مَجلِسَينِ مُختَلِفَينِ لأَنَّهُ إحدَى الحُجَّتَينِ فَيُعتَبَرُ بِالأُخرَى وَهِيَ البَيِّنَةُ كَذَلِكَ اعتَبَرنَا فِي الزِّنَا. وَلَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ قَد ظَهَرَت بِالإِقرَارِ مَرَّةً فَيُكتَفَى بِهِ كَمَا فِي القِصَاصِ وَحَدِّ القَذفِ وَلا اعتِبَارَ بِالشَّهَادَةِ لأَنَّ الزِّيَادَةَ تُفِيدُ فِيهَا تَقلِيل تُهمَةِ الكَذِبِ وَلا تُفِيدُ فِي الإِقرَارِ شَيئًا لأَنَّهُ لا تُهمَةَ. وَبَابُ الرُّجُوعِ فِي حَقِّ الحَدِّ لا يَنسَدُّ بِالتَّكرَارِ وَالرُّجُوعُ فِي حَقِّ المَالِ لا يَصِحُّ أَصلا لأَنَّ صَاحِبَ المَالِ يُكَذِّبُهُ، وَاشتِرَاطُ الزِّيَادَةِ فِي الزِّنَا بِخِلافِ القِيَاسِ فَيَقتَصِرُ عَلَى مَورِدِ الشَّرعِ. قَالَ (وَيَجِبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَينِ) لِتَحَقُّقِ الظُّهُورِ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَيَنبَغِي أَن يَسأَلَهُمَا الإِمَامُ عَن كَيفِيَّةِ السَّرِقَةِ وَمَاهِيَّتِهَا وَزَمَانِهَا وَمَكَانِهَا لِزِيَادَةِ الاحتِيَاطِ كَمَا مَرَّ فِي الحُدُودِ، وَيَحبِسُهُ إلى أَن يَسأَل عَن الشُّهُودِ لِلتُّهمَةِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (أَنَّ السَّرِقَةَ، قَدْ ظَهَرَتْ بِالإِقْرَارِ مَرَّةً) السَّرِقَةُ ظَهَرَتْ بِالإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً لأَنَّهَا تَظْهَرُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ، وَكُلُّ مَا يَظْهَرُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ يَظْهَرُ بِالإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً

كَالقِصَاصِ وَحَدِّ القَذْفِ وَغَيْرِهِمَا، وَكُلُّ مَا يَظْهَرُ بِالإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً يُكْتَفَى بِهِ فَلا حَاجَةَ إلى الزِّيَادَةِ، وَإِذَا تَلمَّحْتَ هَذَا البَيَانَ وَجَدْتَ الاعْتِرَاضَ بِأَنَّ الزِّنَا أَيْضًا يَظْهَرُ بِالإِقْرَارِ مَرَّةً سَاقِطًا قَوْلُهُ وَلا اعْتِبَارَ بِالشَّهَادَةِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ إِحْدَى الحُجَّتَيْنِ بِالأُخْرَى بِبَيَانِ الفَارِقِ، وَهُوَ مَا ذُكِرَ أَنَّ الزِّيَادَةَ تُفِيدُ فِيهَا تَقْلِيلُ تُهْمَةِ الكَذِبِ وَلا تُفِيدُ فِي الإِقْرَارِ شَيْئًا لأَنَّهُ لا تُهْمَةَ فِيهِ.

وَقَوْلُهُ (وَبَابُ الرُّجُوعِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّمَا يُشْتَرَطُ التَّكْرَارُ لِقَطْعِ احْتِمَالِ الرُّجُوعِ كَمَا فِي الزِّنَا. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ **أَقَرَّ مِرَارًا كَثِيرَةً ثُمَّ رَجَعَ** صَحَّ رُجُوعُهُ فِي حَقِّ الحَدِّ لأَنَّهُ لا مُكَذِّبَ لهُ فِيهِ، بِخلافِ **الرُّجُوعِ عَنْ المَالِ** فَإِنَّ لهُ فِيهِ مُكَذِّبًا وَهُوَ صَاحِبُ المَالِ فَلا يَصِحُّ، فَظَهَرَ بِهَذَا أَنْ لا فَائِدَةَ فِي تَكْرَارِ الإِقْرَارِ لا فِي حَقِّ القَطْعِ وَلا فِي حَقِّ إِسْقَاطِ ضَمَانِ المَالِ بِالإِقْرَارِ.

وَقَوْلُهُ (وَاشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ فِي الزِّنَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَكَذَلِكَ اعْتَبَرْنَا فِي الزِّنَا، **(وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْأَلَهُمَا الإِمَامُ عَنْ كَيْفِيَّةِ السَّرِقَةِ) فَيَقُول لهُ كَيْفَ سَرَقْت** لِجَوَازِ أَنَّهُ نَقَبَ البَيْتَ وَأَدْخَل يَدَهُ وَأَخْرَجَ المَتَاعَ فَإِنَّهُ لا يُقْطَعُ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد (وَعَنْ مَاهِيَّتِهَا) لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ المَأْخُوذُ شَيْئًا تَافِهًا وَلا قَطْعَ فِيهِ، وَهَذَا مُشْكِلٌ لأَنَّ مَاهِيَّةَ السَّرِقَةِ عَلى مَا قَدَّمْنَا لا يَذْكُرُهَا إلا آحَادُ الفُقَهَاءِ فَيَحْتَاجُ إلى حُضُورِ الفُقَهَاءِ شَرْطًا لِظُهُورِهِ، وَفِي ذَلِكَ سَدُّ بَابِ القَطْعِ (وَعَنْ زَمَانِهَا) فِيمَا يَثْبُتُ بِالبَيِّنَةِ لِجَوَازِ تَقَادُمِ العَهْدِ المَانِعِ عَنْ القَطْعِ لِوُجُودِ التُّهْمَةِ، بِخلافِ مَا إِذَا ثَبَتَ بِالإِقْرَارِ، فَإِنَّ التَّقَادُمَ فِيهِ لَيْسَ بِمَانِعٍ لِعَدَمِهَا فَلا يَسْأَلُ عَنْ الزَّمَانِ. فَإِنْ قِيل: الشَّاهِدُ فِي تَأْخِيرِ الشَّهَادَةِ هُنَا غَيْرُ مُتَّهَمٍ لأَنَّهُ لا يَقْبَلُ شَهَادَتَهُ بِدُونِ الدَّعْوَى فَيَنْبَغِي أَنْ لا يَسْأَل فِيمَا إِذَا ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ كَمَا لا يَسْأَلُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ بِالإِقْرَارِ.

قُلنَا: إِنَّ الجَوَابَ قَدْ تَقَدَّمَ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ عَلى الزِّنَا (وَعَنْ مَكَانِهَا) لِجَوَازِ أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ غَيْرِ الحِرْزِ أَوْ فِي دَارِ الحَرْبِ. وَقَال فِي المُحِيط: وَيَسْأَلُهُمَا عَنْ المَسْرُوقِ مِنْهُ أَيْضًا لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ المَسْرُوقُ مِنْهُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ، وَلعَلهُ مُسْتَغْنٍ عَنْهُ لأَنَّ المَسْرُوقَ مِنْهُ حَاضِرٌ يُخَاصِمُ وَالشُّهُودُ تَشْهَدُ بِالسَّرِقَةِ مِنْهُ فَلا حَاجَةَ إلى السُّؤَالِ عَنْ ذَلِكَ وَقَوْلُهُ (وَيَحْبِسُهُ) أَيْ المَشْهُودَ عَلَيْهِ لأَنَّهُ صَارَ مُتَّهَمًا بِالسَّرِقَةِ فَيُحْبَسُ لِمَا رَوَيْنَا

أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ «حَبَسَ رَجُلا بِالتُّهْمَةِ».

(قَالَ وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ فَأَصَابَ كُل وَاحِدٍ مِنهُم عَشَرَةُ دَرَاهِمَ قُطِعَ، وَإِن أَصَابَهُ أَقَلُّ لا يُقطَعُ) لأَنَّ المُوجِبَ سَرِقَةُ النِّصَابِ وَيَجِبُ عَلى كُل وَاحِدٍ مِنهُم بِجِنَايَتِهِ فَيُعتَبَرُ كَمَالُ النِّصَابِ فِي حَقِّهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ) ظَاهِرٌ. وَاسْتُشْكِل بِمَا إِذَا قَتَل جَمَاعَةٌ وَاحِدًا فَإِنَّهُمْ يُقْتَلُونَ كُلُّهُمْ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمْ القَتْلُ عَلى الكَمَال. وَأُجِيبَ بِأَنَّ القِصَاصَ يَتَعَلقُ بِإِخْرَاجِ الرُّوحِ وَهُوَ لا يَتَجَزَّأُ فَيُضَافُ إِلى كُل وَاحِدٍ مِنْهُمْ كَمَلا، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا يُقطَعُ فِيهِ وَمَا لا يُقطَعُ

(وَلا قَطعَ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا مُبَاحًا فِي دَارِ الإِسلامِ كَالخَشَبِ وَالحَشِيشِ وَالقَصَبِ وَالسَّمَكِ وَالطَّيرِ وَالصَّيدِ وَالزِّرنِيطِ وَالمَغرَةِ وَالنُّورَةِ) وَالأَصلُ فِيهِ حَدِيثُ «عَائِشَةَ قَالَت: كَانَت اليَدُ لا تُقطَعُ عَلى عَهدِ رَسُولِ اللهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي الشَّيءِ التَّافِهِ»[1]، أَي الحَقِيرِ، وَمَا يُوجَدُ جِنسُهُ مُبَاحًا، فِي الأَصل بِصُورَتِهِ غَيرُ مَرغُوبٍ فِيهِ حَقِيرٌ تَقِلُّ الرَّغَبَاتُ فِيهِ وَالطِّبَاعُ لا تَضَنُّ بِهِ، فَقَلمَا يُوجَدُ أَخذُهُ عَلى كُرهٍ مِن المَالِكِ فَلا حَاجَةَ إِلى شَرعِ الزَّاجِرِ، وَلِهَذَا لم يَجِب القَطعُ فِي سَرِقَةِ مَا دُونَ النِّصَابِ وَلأَنَّ الحِرزَ فِيهَا نَاقِصٌ؛ أَلا يُرَى أَنَّ الخَشَبَ يُلقَى عَلى الأَبوَابِ وَإِنَّمَا يَدخُلُ فِي الدَّارِ لِلعِمَارَةِ لا لِلإِحرَازِ وَالطَّيرُ يَطِيرُ وَالصَّيدُ يَفِرُّ وَكَذَا الشَّرِكَةُ العَامَّةُ التِي كَانَت فِيهِ وَهُوَ عَلى تِلكَ الصِّفَةِ تُورِثُ الشُّبهَةَ، وَالحَدُّ يَندَرِئُ بِهَا. وَيَدخُلُ فِي السَّمَكِ المَالِحُ وَالطَّرِيُّ، وَفِي الطَّيرِ الدَّجَاجُ وَالبَطُّ وَالحَمَامُ لِمَا ذَكَرنَا وَلِإِطلاقِ قَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا قَطعَ فِي الطَّيرِ»[2] وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ القَطعُ فِي كُل شَيءٍ إِلا الطِّينَ وَالتُّرَابَ وَالسِّرقِينَ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، وَالحُجَّةُ عَلَيهِمَا مَا ذَكَرنَا.

الشرح:

(بَابُ مَا يُقْطَعُ فِيهِ وَمَا لا يُقْطَعُ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ تَفْسِيرِ السَّرِقَةِ وَشُرُوطِهَا وَمَا

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥/٤٧٧)، وانظر نصب الراية (٣/٥٥٢).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٥٣): غريب مرفوعا.

يَتعلَّقُ بِهَا ذَكَرَ فِي هَذَا البَابِ مَسْرُوقًا يُوجِبُ القَطْعَ وَمَسْرُوقًا لا يُوجِبُهُ وَإِنْ وُجِدَ فِيهِ النِّصَابُ، وَلا يَرِدُ مَا قِيلَ كَانَ الوَاجِبُ أَنْ يَذْكُرَ قَوْلَهُ وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ فِي هَذَا البَابِ، لأَنَّهُ. إِنْ أَصَابَ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمْ نِصَابٌ كَانَ مِمَّا يُقْطَعُ فِيهِ، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلُّ كَانَ مِمَّا لا يُقْطَعُ فِيهِ لأَنَّ هَذَا البَابَ لِبَيَانِ مَا **يُقْطَعُ فِيهِ وَمَا لا يُقْطَعُ بَعْدَ وُجُودِ النِّصَابِ** (قَوْلُهُ لا قَطْعَ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا) ظَاهِرٌ، وَالمَغَرَةُ بِالفَتَحَاتِ الثَّلاثِ الطِّينُ الأَحْمَرُ، وَتَسْكِينُ الغَيْنِ فِيهِ لُغَةٌ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا يُوجَدُ جِنْسُهُ) مُبْتَدَأٌ، وَقَوْلُهُ حَقِيرٌ خَبَرُهُ. وَقَوْلُهُ (بِصُورَتِهِ) احْتِرَازٌ عَنْ الأَبْوَابِ وَالأَوَانِي المُتَّخَذَةِ مِنْ الخَشَبِ وَالحُصْرِ البَغْدَادِيَّةِ، فَإِنَّ فِي سَرِقَتِهَا القَطْعَ وَإِنْ كَانَ أَصْلُهَا مِنْ الخَشَبِ، وَأَصْلُ الحَصِيرِ يُوجَدُ مُبَاحًا لِتَغَيُّرِهَا عَنْ صُورَتِهَا الأَصْلِيَّةِ بِالصَّنْعَةِ المُتَقَوِّمَةِ. وَقَوْلُهُ (غَيْرَ مَرْغُوبٍ فِيهِ) نُصِبَ عَلَى الحَالِ وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنْ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَاللُّؤْلُؤِ وَالجَوَاهِرِ فَإِنَّهَا تُوجَدُ مُبَاحًا فِي دَارِ الإِسْلامِ وَلَكِنَّهَا مَرْغُوبٌ فِيهَا وَهُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ: إِذَا سَرَقَهَا عَلَى الصُّورَةِ التِي تُوجَدُ مُبَاحَةً وَهِيَ أَنْ تَكُونَ مُخْتَلِطَةً بِالحَجَرِ وَالتُّرَابِ لا يُقْطَعُ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِتَافِهٍ جِنْسًا، فَإِنَّ كُل مَنْ يَتَمَكَّنُ مِنْ أَخْذِهِ لا يَتْرُكُهُ عَادَةً. وَقَوْلُهُ (تَقِلُّ الرَّغَبَاتُ فِيهِ) جُمْلَةٌ اسْتِئْنَافِيَّةٌ. وَقَوْلُهُ (وَالطِّبَاعُ لا تَضِنُّ بِهِ) أَيْ لا تَبْخَلُ بِفَتْحِ الضَّادِ وَهُوَ الأَصْلُ وَجَاءَ بِالكَسْرِ أَيْضًا. وَقَوْلُهُ (فَقَلَّمَا يُوجَدُ أَخْذُهُ عَلَى كُرْهٍ مِنْ المَالِكِ) أَيْ قَلِيلٌ وُجُودُ لُحُوقِ المَلالَةِ بِالمَالِكِ عِنْدَ أَخْذِ الأَشْيَاءِ مِنْهُ، بَل يَرْضَى بِالأَخْذِ تَوَقِّيًا عَنْ لُحُوقِ سِمَةِ خَسَاسَةِ الهِمَّةِ وَتَفَادِيًا عَنْ نِسْبَتِهِ إِلَى دَنَاءَةِ الطَّبِيعَةِ فَلا حَاجَةَ إِلَى شَرْعِ الزَّوَاجِرِ. وَقَوْلُهُ (وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ) يَعْنِي لَمَّا كَانَ الأَمْرُ كَذَلِكَ قَلَتْ الرَّغْبَةُ فَلا تُشْرَعُ الزَّوَاجِرُ فِي مِثْلِهِ وَهُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ الخَشَبُ يُلقَى عَلَى الأَبْوَابِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا الشَّرِكَةُ العَامَّةُ التِي كَانَتْ فِيهِ) أَيْ فِيمَا يُوجَدُ جِنْسُهُ مُبَاحًا (وَهُوَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ) أَيْ الصِّفَةِ التِي كَانَ عَلَيْهَا وَهِيَ مُشْتَرَكَةٌ يُحْتَرَزُ بِهِ عَنْ الأَبْوَابِ وَالأَوَانِي المُتَّخَذَةِ مِنْ الخَشَبِ كَمَا ذَكَرْنَا (تُورِثُ الشُّبْهَةَ) أَيْ شُبْهَةَ الإِبَاحَةِ بَعْدَ إِحْرَازِهِ (وَالحَدُّ يَنْدَرِئُ بِهَا) وَفِي التَّعْبِيرِ بِالشَّرِكَةِ العَامَّةِ إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ ﷺ: «**النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي**

ثَلاثَة: فِي الكَلأ، وَالمَاء، وَالنَّارِ» وَقَوْلُهُ (لَمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قَوْلَهُ وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ وَالسَّمَكُ المَالِحُ هُوَ المُقَدَّدُ الذي فِيهِ المِلحُ. وَقَوْلُهُ (وَالحُجَّةُ عَلَيْهِمَا مَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي حَدِيثَ عَائِشَةَ وَمَا ذُكِرَ بَعْدَهُ وَالجِمَارُ شَحْمُ النَّخْلِ وَهُوَ شَيْءٌ أَبْيَضُ يُقْطَعُ مِنْ رُءُوسِ النَّخْلِ وَيُؤْكَلُ، وَالوَدْيُ صِغَارُ النَّخْلِ.

قَال: (وَلا قَطعَ فِيمَا يَتَسَارَعُ إليهِ الفَسَادُ كَاللبَنِ وَاللحمِ وَالفوَاكِهِ الرَّطبَةِ) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا قَطعَ فِي ثَمَرٍ وَلا فِي كَثَرٍ»[1] وَالكَثَرُ الجُمَّارُ، وَقِيل الوَدِيُّ. وَقَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا قَطعَ فِي الطَّعَامِ»[2] وَالمُرَادُ وَاللهُ أعلمُ مَا يَتَسَارَعُ إليهِ الفَسَادُ كَالمُهَيَّإِ للأكل مِنهُ وَمَا فِي مَعنَاهُ كَاللحمِ وَالثَّمرِ لأَنَّهُ يُقطَعُ فِي الحِنطَةِ وَالسُّكَّرِ إجمَاعًا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُقطَعُ فِيهَا لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا قَطعَ فِي ثَمَرٍ وَلا كَثَرٍ فَإِذَا آوَاهُ الجَرِينُ أَو الجِرَانُ قُطِعَ»[3] قُلنَا: أخرَجَهُ عَن وِفَاقِ العَادَةِ، وَالذِي يُؤوِيهِ الجَرِينُ فِي عَادَتِهِم هُوَ اليَابِسُ مِن الثَّمَرِ وَفِيهِ القَطعُ. قَال (وَلا قَطعَ فِي الفَاكِهَةِ عَلى الشَّجَرِ وَالزَّرعِ الذِي لم يُحصَد) لعَدَمِ الإحرَازِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (كَالمُهَيَّإِ للأَكْل) يَعْنِي مِثْل **الخُبْزِ وَاللحْمِ وَأَمْثَالهُمَا** لأَنَّهُ يُقْطَعُ فِي الحِنْطَة وَالسُّكَّرِ بالإِجْمَاعِ إذَا لَمْ يَكُنْ العَامُ عَامَ مَجَاعَةٍ وَقَحْطٍ، أَمَّا إذَا كَانَ فَلا قَطْعَ سَوَاءٌ كَانَ مِمَّا يَتَسَارَعُ إليْه الفَسَادُ أَوْ لا.

وَقَوْلُهُ (كَاللحْمِ وَالثَّمَرِ) اللحْمُ رَاجِعٌ إلى قَوْله كَالمُهَيَّإِ للأَكْل مِنْهُ، وَالثَّمَرُ رَاجِعٌ إلى قَوْله وَمَا فِي مَعْنَاهُ فَكَانَ كَلامُهُ لفًّا وَنَشْرًا (وَقَال الشَّافعيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: يُقْطَعُ فيهَا) أَيْ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنْ اللبَنِ وَاللحْمِ وَالفَوَاكه الرَّطْبَة وَالطَّعَام (وَالجَرِينُ) المِرْبَدُ: وَهُوَ المَوْضِعُ الذي يُلقَى فِيه الرُّطَبُ ليَجفَّ، وَقِيل هُوَ مَوْضِعٌ يُدَّخَرُ فيه التَّمْرُ (وَالجِرَانُ) مُقَدَّمُ عُنُقِ البَعِيرِ مِنْ مَذْبَحِهِ إلى مَنْخَرِه، وَالجَمْعُ جُرُنٌ فَجَازَ أَنْ يُسَمَّى الجِرَابُ المُتَّخَذُ مِنْهُ

(١) أخرجه الترمذي في الحدود باب ١٩، والنسائي (٤٥٩٥)، وابن ماجه (٢٥٩٣)، وانظر نصب الراية (٣/٥٥٤).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٥٥): غريب بهذا اللفظ.

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٥٥): غريب بهذا اللفظ.

فَكَانَ المُرَادُ مِنْهُ أَحَدَ الظَّرْفَيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الشَّكُّ مِنْ الرَّاوِي قُلْنَا: أَخْرَجَهُ عَلَى وِفَاقِ العَادَةِ) فَإِنَّ فِي عَادَتِهِمْ أَنَّ الجَرِينَ لا يُؤْوِي إلا اليَابِسَ مِنْ الثَّمَرِ وَفِيهِ القَطْعُ فِي الرِّوَايَةِ المَشْهُورَةِ. قَال (**وَلا قَطْعَ فِي الفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ**) وَكَانَ هَذَا مَعْلُومًا مِنْ قَوْلِهِ وَالفَاكِهَةُ الرَّطْبَةُ، لكِنْ أَعَادَهُ تَمْهِيدًا لِقَوْلِهِ وَالزَّرْعُ الذِي لَمْ يُحْصَدْ لِعَدَمِ الإِحْرَازِ فِيهَا.

(وَلا قَطعَ فِي الأَشربَةِ المُطربَةِ) لأَنَّ السَّارِقَ يَتَأَوَّلُ فِي تَنَاوُلِهَا الإِرَاقَةَ، وَلأَنَّ بَعضَهَا ليسَ بِمَالٍ، وَفِي مَاليَّةِ بَعضِهَا اختِلافٌ فَتَتَحقَّقُ شُبهَةُ عَدَمِ المَاليَّةِ. قَال (وَلا فِي الطُّنبُورِ) لأَنَّهُ مِن المَعَازِفِ (وَلا فِي سَرِقَةِ المُصحَفِ وَإِن كَانَ عَليهِ حِليَةٌ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُقطَعُ لأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ حَتَّى يَجُوزُ بَيعُهُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ مِثلُهُ. وَعَنهُ أَيضًا أَنَّهُ يُقطَعُ إِذَا بَلَغَت الحِليَةُ نِصَابًا لأَنَّهَا ليسَت مِن المُصحَفِ فَتُعتَبَرُ بِانفِرَادِهَا. وَوَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الآخِذَ يَتَأَوَّلُ فِي أَخذِهِ القِرَاءَةَ وَالنَّظَرَ فِيهِ، وَلأَنَّهُ لا مَاليَّةَ لهُ عَلَى اعتِبَارِ المَكتُوبِ وَإِحرَازُهُ لأَجلِهِ لا للجِلدِ وَالأَورَاقِ وَالحِليَةِ وَإِنَّمَا هِيَ تَوَابِعُ وَلا مُعتَبَرَ بِالتَّبَعِ، كَمَن سَرَقَ آنِيَةً فِيهَا خَمرٌ وَقِيمَةُ الآنِيَةِ تَربُو عَلَى النِّصَابِ.

الشرح:

(**وَلا قَطْعَ فِي الأَشْرِبَةِ المُطْرِبَةِ**) أَيْ المُسْكِرَةِ: قَال فِي الصِّحَاحِ: الطَّرَبُ خِفَّةٌ تُصِيبُ الإِنْسَانَ لِشِدَّةِ حُزْنٍ أَوْ سُرُورٍ، وَفَسَّرَ السُّكْرَ فِي أُصُول الفِقْهِ بِأَنَّهُ غَلَبَةُ سُرُورٍ فِي العَقْلِ فَالتَقَيَا فِي مَعْنَى السُّرُورِ فَلِذَلِكَ اُسْتُعِيرَ الإِطْرَابُ لِلإِسْكَارِ. قَال الإِمَامُ التُّمُرْتَاشِيُّ: لا قَطْعَ فِي الأَشْرِبَةِ المُطْرِبَةِ المُسْكِرَةِ وَهُوَ يُؤْذِنُ بِصِحَّةِ تَفْسِيرِ المُطْرِبَةِ بِالمُسْكِرَةِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ بَعْضَهَا لَيْسَ بِمَالٍ) أَيْ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ كَالخَمْرِ (وَفِي مَالِيَّةِ بَعْضِهَا اخْتِلافٌ) يَعْنِي كَالمُنَصَّفِ وَالبَاذِقِ وَمَاءِ الذُّرَةِ وَالشَّعِيرِ لأَنَّهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ مُتَقَوِّمَةٌ خِلافًا لهُمَا، وَإِنَّمَا قَيَّدَ الأَشْرِبَةَ بِكَوْنِهَا مُطْرِبَةً لِمَا أَنَّهُ ذَكَرَ فِي الإِيضَاحِ، وَيُقْطَعُ فِي الخَل لأَنَّهُ لا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الفَسَادُ، كَذَا فِي النِّهَايَةِ. وَنَقَل النَّاطِفِيُّ عَنْ كِتَابِ المُجَرَّدِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ قَال: (**لا قَطْعَ فِي الخَل**) لأَنَّهُ قَدْ صَارَ خَمْرًا مَرَّةً (**وَلا فِي الطُّنْبُورِ لأَنَّهُ مِنْ المَعَازِفِ**) وَالمَعَازِفُ آلاتُ اللهْوِ التِي يُضْرَبُ بِهَا الوَاحِدُ عَزْفٌ رِوَايَةٌ عَنْ العَرَبِ. قَوْلُهُ (**وَلا فِي سَرِقَةِ المُصْحَفِ**) ظَاهِرٌ.

(وَلا قَطعَ فِي أَبوَابِ المَسجِدِ) لعَدَمِ الإحرَازِ فصَارَ كبَابِ الدَّارِ بَل أَولى، لأَنَّهُ يُحَرَّزُ بِبَابِ الدَّارِ مَا فِيهَا وَلا يُحَرَّزُ بِبَابِ المَسجِدِ مَا فِيهِ حَتَّى لا يَجِبُ القَطعُ بِسَرِقَةِ مَتَاعِهِ. قَال (وَلا الصَّليبِ مِن الذَّهَبِ وَلا الشِّطرَنجِ وَلا النَّردِ) لأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ مَن أَخَذَهَا الكَسرَ نَهيًا عَن المُنكَرِ، بِخِلافِ الدِّرهَمِ الذِي عَليهِ التِّمثَالُ لأَنَّهُ مَا أُعِدَّ للعِبَادَةِ فَلا تَثبُتُ شُبهَةُ إبَاحَةِ الكَسرِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إن كَانَ الصَّليبُ فِي المُصَلى لا يُقطَعُ لعَدَمِ الحِرزِ، وَإِن كَانَ فِي بَيتٍ آخَرَ يُقطَعُ لكَمَال المَاليَّةِ وَالحِرزِ.

الشرح:

(وَالصَّلِيبُ) شَيْءٌ مُثَلثٌ كَالتِّمْثَال يَعْبُدُهُ النَّصَارَى (وَالشِّطْرَنْجُ) بِكَسْرِ الشِّينِ (وَالنَّرْدُ) مَعْرُوفَانِ، وَلا قَطْعَ فِيهَا وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ. وَقَوْلُهُ (إنْ كَانَ الصَّلِيبُ فِي المُصَلى) أَيْ فِي مَوْضِعِ صَلاةِ النَّصَارَى وَهُوَ مَعْبَدُهُمْ.

(وَلا قَطعَ عَلى سَارِقِ الصَّبِيِّ الحُرِّ وَإِن كَانَ عَليهِ حُليٌّ) لأَنَّ الحُرَّ ليسَ بِمَالٍ وَمَا عَليهِ مِن الحُليِّ تَبَعٌ لهُ، وَلأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ فِي أَخذِهِ الصَّبِيِّ إسكَاتَهُ أَو حَملهُ إلى مُرضِعَتِهِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يُقطَعُ إذَا كَانَ عَليهِ حُليٌّ هُوَ نِصَابٌ لأَنَّهُ يَجِبُ القَطعُ بِسَرِقَتِهِ وَحدَهُ فَكَذَا مَعَ غَيرِهِ، وَعَلى هَذَا إذَا سَرَقَ إنَاءَ فِضَّةٍ فِيهِ نَبِيذٌ أَو ثَرِيدٌ. وَالخِلافُ فِي الصَّبِيِّ لا يَمشِي وَلا يَتَكَلمُ كَي لا يَكُونَ فِي يَدِ نَفسِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَا عَلَيْهِ مِنْ الحُلِيِّ تَابِعٌ) لا يُقَالُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَقْصُودُهُ مِنْ الأَخْذِ هُوَ الحُلِيُّ فَلا يَكُونُ تَابِعًا لأَنَّهُ لوْ كَانَ ذَلكَ مَقْصُودَهُ لأَخَذَ الحُلِيَّ وَتَرَكَ الصَّبِيَّ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يَجِبُ القَطْعُ بِسَرِقَتِهِ وَحْدَهُ فَكَذَا مَعَ غَيْرِهِ) مَعْنَاهُ سَرَقَ مَا يَجِبُ فِيهِ القَطْعُ وَمَا لا يَجِبُ، وَضَمُّ مَا لا يَجِبُ فِيهِ القَطْعُ إلى مَا يَجِبُ فِيهِ القَطْعُ لا يُسْقِطُهُ، كَمَا لوْ سَرَقَ ثَوْبًا خَلقًا لا يُسَاوِي نِصَابًا وَفِيهِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةٌ. وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَا إذَا سَرَقَ إنَاءَ فِضَّةٍ) ظَاهِرٌ.

(وَلا قَطعَ فِي سَرِقَةِ العَبدِ الكَبِيرِ) لأَنَّهُ غَصبٌ أَو خِدَاعٌ (وَيُقطَعُ فِي سَرِقَةِ العَبدِ الصَّغِيرِ) لتَحَقُّقِهَا بِحَدِّهَا إلا إذَا كَانَ يُعَبِّرُ عَن نَفسِهِ لأَنَّهُ هُوَ وَالبَالغُ سَوَاءٌ فِي اعتِبَارِ يَدِهِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يُقطَعُ وَإِن كَانَ صَغِيرًا لا يَعقِلُ وَلا يَتَكَلمُ استِحسَانًا لأَنَّهُ آدَمِيٌّ

مِن وَجهٍ مَالٌ مِن وَجهٍ، وَلهُمَا أَنَّهُ مَالٌ مُطلقٌ لكَونِهِ مُنتَفعًا بِهِ أَو بِعَرضٍ أَن يَصِيرَ مُنتَفعًا بِهِ إلا أَنَّهُ انضَمَّ إليهِ مَعنَى الآدَمِيَّةِ.

(وَلا قَطعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلهَا) لأَنَّ المَقصُودَ مَا فِيهَا وَذَلكَ ليسَ بِمَالٍ (إلا فِي دَفَاتِرِ الحِسَابِ) لأَنَّ مَا فِيهَا لا يُقصَدُ بِالأَخذِ فَكَانَ المَقصُودُ هُوَ الكَوَاغِدَ. قَال (وَلا فِي سَرِقَةِ كَلبٍ وَلا فَهدٍ) لأَنَّ مِن جِنسِهَا يُوجَدُ مُبَاحُ الأَصل غَيرُ مَرغُوبٍ فِيهِ وَلأَنَّ الاختِلافَ بَينَ العُلمَاءِ ظَاهِرٌ فِي مَاليَّةِ الكَلبِ فَأَورَثَ شُبهَةً.

الشرح:

(وَالدَّفَاتِرُ) جَمْعُ دَفْتَرٍ وَهِيَ الكَرَارِيسُ، وَلا قَطْعَ فِيهَا كُلهَا سَوَاءٌ كَانَتْ للتَّفْسِيرِ أَوْ للحَدِيثِ أَوْ للفقْه لأَنَّ المَقْصُودَ منْهَا مَا فيهَا وَذَلكَ ليْسَ بمَالٍ إلا في دَفَاترِ الحسَاب؛ لأَنَّ مَا فيهَا لا يُقْصَدُ بالأَخْذ فَكَانَ المَقْصُودُ هُوَ الأَوْرَاقُ وَهُوَ مَالٌ مُتقَوِّمٌ، فَإذَا بَلغَ قيمَتُهُ نصَابًا يُقْطَعُ. وَعُمُومُ كَلامه يُشْعرُ بأَنَّ دَفَاترَ الأَشْعَار كَدَفَاتر الفقْه في عَدَم وُجُوب القَطْعِ لكَوْنهَا مُحْتَاجًا إليْهَا لمَعْرفَة اللُّغَة وَمَعَاني القُرْآن، وَالحَاجَةُ وَإنْ قلتْ كَفَتْ لإيرَاث الشُّبْهَة. وَمنْ النَّاس مَنْ أَلحَقَهَا بدَفَاتر الحسَاب لكَوْنهَا غَيْرَ مُحْتَاجٍ إليْهَا في مَعْرفَة أَحْكَام الشَّرْعِ (**وَلا قَطْعَ في سَرقَة كَلبٍ وَلا فَهْدٍ**) وَهُوَ ظَاهرٌ.

(وَلا قَطعَ فِي دُفٍّ وَلا طَبلٍ وَلا بِربَطٍ وَلا مِزمَارٍ) لأَنَّ عِندَهُمَا لا قِيمَةَ لهَا وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ آخِذُهَا يَتَأَوَّلُ الكَسرَ فِيهَا.

الشرح:

(وَلا في دُفٍّ وَلا طَبْلٍ) وَالدُّفُّ بضَمِّ الدَّال وَفَتْحهَا الذي يُلعَبُ به، وَهُوَ نَوْعَان مُدَوَّرٌ وَمُرَبَّعٌ، وَالمُرَادُ بالطَّبْل طَبْلُ اللهْو، وَأَمَّا **طَبْلُ الغُزَاة** فَقَدْ اخْتَلفَ فيه المَشَايخُ. وَاخْتَارَ الصَّدْرُ الشَّهيدُ عَدَمَ وُجُوب القَطْعِ لأَنَّهُ كَمَا يَصْلُحُ للغَزْو يَصْلُحُ لغَيْره فَتَتَمَكَّنُ فيه الشُّبْهَةُ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ عنْدَهُمَا لا قيمَةَ لهَا) بدَليل أَنَّ مُتْلفَهُ لا يَضْمَنُهُ (وَعنْدَ أَبي حَنيفَةَ) وَإنْ كَانَ يَجبُ الضَّمَانُ عَلى المُتْلف فَهيَ مُتَقَوِّمَةٌ، لكنْ (آخذُهَا يَتَأَوَّلُ الكَسْرَ فيهَا) فَكَانَ ذَلكَ شُبْهَةً.

(وَيُقطَعُ فِي السَّاجِ وَالقَنَا وَالآبَنُوسِ وَالصَّندَل) لأَنَّهَا أَموَالٌ مُحرَّزَةٌ لكَونِهَا عَزِيزَةً عِندَ النَّاسِ وَلا تُوجَدُ بِصُورَتِهَا مُبَاحَةً فِي دَارِ الإِسلامِ. قَال (وَيُقطَعُ فِي الفُصُوصِ

الخُضرِ وَاليَاقُوتِ وَالزَّبَرجَدِ) لأنَّهَا مِن أَعَزِّ الأموَال وَأَنفسِهَا وَلا تُوجَدُ مُبَاحَةَ الأَصل بِصُورَتِهَا فِي دَارِ الإسلامِ غَيرَ مَرغُوبٍ فِيهَا فَصَارَت كَالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ.

الشرح:

(وَالسَّاجُ) خَشَبٌ يُجْلَبُ مِنْ الهِنْدِ (وَالقَنَاءُ) بالكَسْرِ جَمْعُ قَنَاةٍ وَهِيَ خَشَبَةُ الرُّمْحِ (وَالآبَنُوسُ) بمَدِّ الهَمْزَةِ وَفَتْحِ البَاءِ مَعْرُوفٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا تُوجَدُ بِصُورَتِهَا مُبَاحَةً فِي دَارِ الإِسْلامِ) وَإِنَّمَا قَيَّدَهُ بِدَارِ الإِسْلامِ لأَنَّ الأَمْوَال كُلهَا بَاقِيَةٌ عَلى الإِبَاحَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ.

(وَإِذَا اتُّخِذَ مِن الخَشَبِ أَوَانِيَ وَأَبوَابًا قُطِعَ فِيهَا) لأَنَّهُ بِالصَّنعَةِ التَحقَ بِالأموَال النَّفِيسَةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهَا تُحرَّزُ بِخِلافِ الحَصِيرِ لأَنَّ الصَّنعَةَ فِيهِ لم تَغلب عَلى الجِنسِ حَتَّى يُبسَطُ فِي غَيرِ الحِرزِ، وَفِي الحُصرِ البَغدَادِيَّةِ قَالُوا يَجِبُ القَطعُ فِي سَرِقَتِهَا لِغَلَبَةِ الصَّنعَةِ عَلَى الأَصل وَإِنَّمَا يَجِبُ القَطعُ فِي غَيرِ المُرَكَّبِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ خَفِيفًا لا يَثقُلُ عَلَى الوَاحِدِ حَمْلُهُ لأَنَّ الثَّقِيل مِنهُ لا يُرغَبُ فِي سَرِقَتِهِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اُتُّخِذَ مِنْ الخَشَبِ أَوَانٌ) فَرَّقَ بَيْنَ العَمَلِ المُتَّصِلِ بِالخَشَبِ وَالعَمَلِ المُتَّصِلِ بِالحَشِيشِ بِغَلَبَةِ الصَّنْعَةِ عَلَى الأَصْلِ فَفِي الخَشَبِ تَغْلِبُ الصَّنْعَةُ عَلَى الجِنْسِ فَتُخْرِجُهُ عَنْ الجِنْسِ المُبَاحِ بِازْدِيَادٍ يَحْصُلُ فِي قِيمَتِهِ وَيُعَزِّزُهُ بِحَيْثُ إِنَّهُمْ يُدْخِلُونَهُ فِي الحِرْزِ. وَأَمَّا فِي الحَشِيشِ فَلَيْسَ كَذَلِكَ وَلِهَذَا يَفْرِشُونَهُ فِي غَيْرِ الحِرْزِ، حَتَّى لَوْ غَلَبَ الصَّنْعَةُ عَلَى الأَصْلِ كَالحُصْرِ البَغْدَادِيَّةِ يَجِبُ القَطْعُ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يَجِبُ القَطْعُ) أَيْ فِي الأَبْوَابِ (فِي غَيْرِ المُرَكَّبِ) بِالجِدَارِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُرَكَّبَةً فِي الجِدَارِ فَقَلَعَهَا فَأَخَذَهَا فَإِنَّهُ لا يُقْطَعُ لأَنَّ القَطْعَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي مَالٍ مُحْرَزٍ لا فِيمَا يُحْرَزُ بِهِ، وَمَا فِي البَيْتِ مِنْ المَتَاعِ فَإِنَّمَا يُحْرَزُ بِالأَبْوَابِ المُرَكَّبَةِ فَلا تَكُونُ مُحْرَزَةً، قِيلَ هَذَا فِي البَابِ البَرَّانِيِّ، وَأَمَّا فِي البَابِ الثَّانِي فِي الدَّاخِلِ فَفِيهِ القَطْعُ لأَنَّهُ مُحْرَزٌ بِالبَرَّانِيِّ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ خَفِيفًا) ظَاهِرٌ.

(وَلا قَطعَ عَلَى خَائِنٍ وَلا خَائِنَةٍ) لِقُصُورٍ فِي الحِرزِ (وَلا مُنتَهِبٍ وَلا مُختَلِسٍ) لأَنَّهُ يُجَاهِرُ بِفِعلِهِ، كَيفَ وَقَد قَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا قَطعَ فِي مُختَلِسٍ وَلا مُنتَهِبٍ

وَلا خَائِنٍ»[١].

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَلا قَطْعَ عَلى خَائِنٍ**) الخِيَانَةُ هُوَ أَنْ يَخُونَ المُودِعُ مَا فِي يَدِهِ مِنْ الشَّيْءِ المَأْمُون. وَالانْتِهَابُ أَنْ يَأْخُذَ عَلى وَجْهِ العَلانِيَةِ قَهْرًا مِنْ ظَاهِرِ بَلدَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ. وَالاخْتِلاسُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ البَيْتِ سُرْعَةً جَهْرًا، وَالوَجْهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

(وَلا قَطعَ عَلى النَّبَّاشِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: عَلَيهِ القَطعُ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن نَبَشَ قَطَعنَاهُ»[٢] وَلأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ مُحرَزٌ يُحرزُ مِثلُهُ فَيُقطَعُ فِيهِ. وَلهُمَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا قَطعَ عَلى المُختَفِي»[٣] وَهُوَ النَّبَّاشُ بِلُغَةِ أَهل المَدِينَةِ، وَلأَنَّ الشُّبهَةَ تَمَكَّنَت فِي المِلكِ لأَنَّهُ لا مِلكَ للمَيِّتِ حَقِيقَةً وَلا للوَارِثِ لتَقَدُّمِ حَاجَةِ المَيِّتِ، وَقَد تَمَكَّنَ الخَلَلُ فِي المَقصُودِ وَهُوَ الانزِجَارُ لأَنَّ الجِنَايَةَ فِي نَفسِهَا نَادِرَةُ الوُجُودِ وَمَا رَوَاهُ غَيرُ مَرفُوعٍ أَو هُوَ مَحمُولٌ عَلى السِّيَاسَةِ، وَإِن كَانَ القَبرُ فِي بَيتٍ مُقفَلٍ فَهُوَ عَلى الخِلافِ فِي الصَّحِيحِ لمَا قُلنَا وَكَذَا إِذَا سَرَقَ مِن تَابُوتٍ فِي القَافِلَةِ وَفِيهِ المَيِّتُ لمَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَال (وَلا قَطْعَ عَلى النَّبَّاشِ) اخْتَلفَ الصَّحَابَةُ فِي مَسْأَلةِ **النَّبَّاشِ**؛ فَقَال عُمَرُ وَعَائِشَةُ وَابْنُ الزُّبَيْرِ وَابْنُ مَسْعُودٍ ﷺ بِوُجُوبِ القَطْعِ عَلى النَّبَّاشِ، وَقَال ابْنُ عَبَّاسٍ: لا قَطْعَ عَليْهِ، وَقَدْ اتَّفَقَ عَلى ذَلكَ مَنْ بَقِيَ مِنْ الصَّحَابَةِ فِي عَهْدِ مَرْوَانَ عَلى مَا رُوِيَ أَنَّ نَبَّاشًا أُتِيَ بِهِ مَرْوَانُ. فَسَأَل الصَّحَابَةَ عَنْ ذَلكَ فَلمْ يَثْبُتُوا فِيهِ شَيْئًا، فَعَزَّرَهُ أَسْوَاطًا وَلمْ يَقْطَعْهُ. وَبِهِ أَخَذَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ.

وَبِالأَوَّل أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ (لقَوْلهِ ﷺ: «**وَمَنْ نَبَشَ قَطَعْنَاهُ**» وَلأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ مُحْرَزٌ بِحِرْزِ مِثْلهِ فَيُقْطَعُ فِيهِ) أَمَّا أَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فَلا شُبْهَةَ فِيهِ، فَإِنَّ إِلبَاسَ الثَّوْبِ

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩١، ٤٣٩٢، ٤٣٩٣) مقطعا، والترمذي في الحدود باب ١٨، والنسائي (٤٦٠٦)، وابن ماجه (٢٥٩١)، وانظر نصب الراية (٣/٥٥٨).

(٢) أخرجه البيهقي في المعرفة، وانظر نصب الراية (٣/٥٦١).

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٦٢): غريب.

للمَيِّتِ لا يُخرِجُهُ عَنْ التَّقَوُّمِ، وَأَمَّا أَنَّهُ مُحْرَزٌ فَلأَنَّهُ لَيْسَ بِمُضَيِّعٍ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الأَبَ وَالوَصِيَّ إِذَا كَفَّنَا الصَّبِيَّ مِنْ مَالِهِ لا يَضْمَنَانِ، وَمَا لا يَكُونُ مُحْرَزًا يَكُونُ مُضَيَّعًا وَفِيهِ الضَّمَانُ. وَأَمَّا قَوْلُهُ (بِحِرْزِ مِثْلِهِ) بِحَرْفِ الجَرِّ، فَلمَا بَيَّنَهُ الطَّحَاوِيُّ: حِرْزُ كُلِّ شَيْءٍ مُعْتَبَرٌ بِحِرْزِ مِثْلِهِ، حَتَّى أَنَّهُ **إِذَا سَرَقَ دَابَّةً مِنْ إِصْطَبْلٍ** يُقْطَعُ، وَلَوْ **سَرَقَ لُؤْلُؤَةً مِنْ الإِصْطَبْلِ** لَمْ يُقْطَعْ. وَإِذَا **سَرَقَ شَاةً مِنْ الحَظِيرَةِ** يُقْطَعُ، وَلَوْ كَانَ فِيهَا ثَوْبٌ فَسَرَقَهُ لَمْ يُقْطَعْ لأَنَّ الشَّاةَ لا تُحْرَزُ بِأَحْصَنَ مِنْهَا إِذَا كَانَ بَابُهَا بِحَيْثُ يَمْنَعُ إِخْرَاجَ الشَّاةِ دُونَ دُخُولِ الآدَمِيِّ وَإِخْرَاجِ سَائِرِ الأَمْوَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا) أَيْ لأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إِلَى شَرْحٍ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ القَبْرُ فِي بَيْتٍ مُقْفَلٍ) بِسُكُونِ القَافِ مِنْ أَقْفَلَ البَابَ.

وَقَوْلُهُ (فَهُوَ عَلَى الخِلافِ فِي الصَّحِيحِ) بَيَانُهُ مَا قَالَ فِي المَبْسُوطِ: وَاخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيمَا إِذَا كَانَ القَبْرُ فِي بَيْتٍ مُقْفَلٍ ثُمَّ قَالَ: وَالأَصَحُّ عِنْدِي أَنَّهُ لا يَجِبُ القَطْعُ سَوَاءٌ كَانَ نَبْشُ القَبْرِ لِلكَفَنِ أَوْ سَرَقَ مَالا آخَرَ مِنْ ذَلِكَ البَيْتِ لأَنَّ بِوَضْعِ القَبْرِ فِيهِ اخْتَلَّ صِفَةُ الحِرْزِ فِي ذَلِكَ البَيْتِ، فَإِنَّ لِكُلِّ أَحَدٍ مِنْ النَّاسِ تَأْوِيلا بِالدُّخُولِ فِيهِ لِزِيَارَةِ القَبْرِ. وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِيمَا **إِذَا سَرَقَ مِنْ تَابُوتٍ فِي القَافِلَةِ وَفِيهِ المَيِّتُ**، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ يُقْطَعُ لأَنَّهُ مُحْرَزٌ بِالقَافِلَةِ. قَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ: وَالأَصَحُّ عِنْدِي أَنَّهُ لا يَجِبُ القَطْعُ لاخْتِلالِ صِفَةِ المَالِكِيَّةِ وَالمَمْلُوكِيَّةِ فِي الكَفَنِ مِنْ الوَجْهِ الذِي قَرَّرْنَاهُ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ ﷺ: «**لا قَطْعَ عَلَى المُخْتَفِي**» وَالمَعْقُولُ وَهُوَ قَوْلُهُ لأَنَّهُ لا مِلْكَ لِلمَيِّتِ حَقِيقَةً.

(وَلا يُقطَعُ السَّارِقُ مِن بَيتِ المَالِ) لأَنَّهُ مَالُ العَامَّةِ وَهُوَ مِنهُم. قَالَ (وَلا مِن مَالٍ لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ) لِمَا قُلنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يُقْطَعُ **السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ المَالِ**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لِمَا قُلنَا) إِشَارَةٌ إِلَى مَا يُفْهَمُ مِنْ قَوْلِهِ لأَنَّهُ مَالُ العَامَّةِ وَهُوَ مِنْهُمْ، فَإِنَّهُ يُفْهَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ لِلسَّارِقِ فِيهِ حَقًّا وَلِمَا قُلنَا إِشَارَةٌ إِلَيْهِ.

(وَمَن لَهُ عَلَى آخَرَ دَرَاهِمُ فَسَرَقَ مِنهُ مِثلَهَا لَم يُقطَع لأَنَّهُ استِيفَاءٌ لِحَقِّهِ)، وَالحَالُّ

وَالمُؤَجَّلُ فِيهِ سَوَاءٌ استِحسَانًا لأنَّ التَّأجِيل لتَأخِيرِ المُطَالبَةِ، وَكَذَا إذَا سَرَقَ زِيَادَةً على حَقِّهِ لأَنَّهُ بِمقدَارِ حَقِّهِ يَصِيرُ شَرِيكًا فِيهِ (وَإِن سَرَقَ مِنهُ عُرُوضًا قُطِعَ) لأَنَّهُ ليسَ لهُ وِلايَةُ الاستِيفَاءِ مِنهُ إلا بَيعًا بِالتَّرَاضِي. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُقطَعُ لأَنَّ لهُ أَن يَأخُذَهُ عِندَ بَعضِ العُلَمَاءِ قَضَاءً مِن حَقِّهِ أَو رَهنًا بِحَقِّهِ. قُلنَا: هَذَا قَولٌ لا يَستَنِدُ إلى دَليلٍ ظَاهِرٍ فَلا يُعتَبَرُ بِدُونِ اتِّصَال الدَّعوَى بِهِ، حَتَّى لو ادَّعَى ذَلكَ دُرِئَ عَنهُ الحَدُّ لأَنَّهُ ظَنٌّ فِي مَوضِعِ الخِلافِ، وَلو كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ فَسَرَقَ مِنهُ دَنَانِيرَ قِيل يُقطَعُ لأَنَّهُ ليسَ لهُ حَقُّ الأَخذِ، وَقِيل لا يُقطَعُ لأَنَّ النُّقُودَ جِنسٌ وَاحِدٌ.

الشرح:

قَال (وَالحَالُّ وَالمُؤَجَّلُ فيه) أَيْ فِي عَدَمِ القَطْعِ (سَوَاءٌ) أَمَّا إذَا كَانَ حَالًّا فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إذَا كَانَ مُؤَجَّلا فَلأَنَّ التَّأْجِيل لَيْسَ إلا لتَأْخِيرِ المُطَالبَة، وَأَمَّا نَفْسُ وُجُوب الدَّيْن فَثَابتٌ قَبْل المُطَالبَة أَيْضًا، وَالقيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ لأَنَّهُ سَرَقَ مَا لا يُبَاحُ لهُ الأَخْذُ كَمَا لوْ سَرَقَ منْ خلاف جنْسه. وَوَجْهُ الاسْتحْسَان أَنَّ الأَخْذَ إنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا لمَكَان الأَجَل كَانَ لهُ شُبْهَةُ الأَخْذ وَهيَ كَافيَةٌ للدَّرْء.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إذَا **سَرَقَ زِيَادَةً عَلَى حَقِّه**) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ لهُ أَنْ يَأْخُذَهُ عنْدَ بَعْض العُلمَاء) يُريدُ به ابْنَ أَبي لَيْلى فَإِنَّهُ يَقُولُ: وَإنْ ظَفرَ بخلاف جنْس حَقّه كَانَ لهُ أَنْ يَأْخُذَهُ لوُجُود المُجَانَسَة باعْتبَار صفَة المَاليَّة. وَمنْ العُلمَاء مَنْ يَقُولُ: لهُ أَنْ يَأْخُذَهُ رَهْنًا بحَقّه، وَاخْتلافُ العُلمَاء يُورثُ الشُّبْهَةَ (قُلنَا: هَذَا القَوْلُ لا يَسْتَندُ إلى دَليلٍ ظَاهرٍ) القيَاسُ أَنْ لا يَأْخُذَ جنْسَ حَقّه في الدَّيْن الحَال لأَنَّ حَقَّهُ في الوَصْف في الحَقيقَة. وَهَذَا عَيْنٌ لكنْ تَرَكْنَاهُ فيه لقلة التَّفَاوُت بَيْنَهُمَا، وَلا كَذَلكَ خلافُ الجنْس لفُحْش التَّفَاوُت فَلا يُتْرَكُ القيَاسُ (وَلا يُعْتَبَرُ بدُون اتّصَال الدَّعْوَى به، حَتَّى لوْ ادَّعَى ذَلكَ) أَيْ أَنَّهُ أَخَذَهُ قَضَاءً لحَقّه أَوْ رَهْنًا به (دُرئَ الحَدُّ عَنْهُ) لأَنَّ فعْلهُ في مَوْضع الاجْتهَاد لا يَنْفَكُّ عَنْ شُبْهَة وَإنْ كَانَ هُوَ مُخْطئًا في ذَلكَ التَّأْويل عنْدَنَا. وَقَوْلُهُ (وَلوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهمَ) ظَاهرٌ. وَقَوْلُهُ (وَقيل لا يُقْطَعُ) قيل: هُوَ الأَصَحُّ (لأَنَّ النُّقُودَ جنْسٌ وَاحدٌ) كَمَا في الزَّكَاة وَالشُّفْعَة.

(وَمَن سَرَقَ عَينًا فَقُطِعَ فِيهَا فَرَدَّهَا ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالهَا لم يُقطَع)

وَالقِيَاسُ أَن يُقطَعَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «فَإِن عَادَ فَاقطَعُوهُ»[1] مِن غَيرِ فَصلٍ، وَلأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلَةٌ كَالأُولى بَل أَقبَحُ لتَقَدُّمِ الزَّاجِرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ المَالكُ مِن السَّارِقِ ثُمَّ اشتَرَاهُ مِنهُ ثُمَّ كَانَت السَّرِقَةُ. وَلنَا أَنَّ القَطعَ أَوجَبَ سُقُوطَ عِصمَةِ المَحَل عَلى مَا يُعرَفُ مِن بَعدُ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالى، وَبِالرَّدِّ إِلى المَالكِ إِن عَادَت حَقِيقَةُ العِصمَةِ بَقِيَت شُبهَةُ السُّقُوطِ نَظَرًا إِلى اتِّحَادِ المِلكِ وَالمَحَل، وَقِيَامُ المُوجِبِ وَهُوَ القَطعُ فِيهِ، بِخِلافِ مَا ذُكِرَ لأَنَّ المِلكَ قَد اختَلَفَ بِاختِلافِ سَبَبِهِ، وَلأَنَّ تَكرَارَ الجِنَايَةِ مِنهُ نَادِرٌ لتَحَمُّلِهِ مَشَقَّةَ الزَّاجِرِ فَتُعَرَّى الإِقَامَةُ عَن المَقصُودِ وَهُوَ تَقلِيلُ الجِنَايَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَذَفَ المَحدُودُ فِي قَذفِ المَقذُوفَ الأَوَّل.

قَال (فَإِن تَغَيَّرَت عَن حَالهَا مِثلُ أَن يَكُونَ غَزلا فَسَرَقَهُ وَقُطِعَ فَرَدَّهُ ثُمَّ نُسِجَ فَعَادَ فَسَرَقَهُ قُطِعَ) لأَنَّ العَينَ قَد تَبَدَّلت وَلهَذَا يَملكُهُ الغَاصِبُ بِهِ، وَهَذَا هُوَ عَلامَةُ التَّبَدُّل فِي كُل مَحَلٍّ، وَإِذَا تَبَدَّلت انتَفَت الشُّبهَةُ النَّاشِئَةُ مِن اتِّحَادِ المَحَل، وَالقَطعُ فِيهِ فَوَجَبَ القَطعُ ثَانِيًا، وَاللهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ عَيْنًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلةٌ كَالأُولى) وَجْهُ التَّشْبِيه هُوَ أَنَّ المَتَاعَ بَعْدَ رَدِّه عَلى المَسْرُوق مِنْهُ فِي حَقِّ السَّارِق كَعَيْنٍ أُخْرَى فِي حُكْمِ الضَّمَان، حَتَّى لوْ غَصَبَهَا أَوْ أَتْلفَهَا كَانَ ضَامِنًا، فَكَذَلكَ فِي حُكْمِ القَطْعِ لمَا أَنَّهُ مَالٌ مَعْصُومٌ كَاملُ المِقْدَار أُخذَ مِنْ حرْزٍ لا شُبْهَةَ فيه. وَبِهَذه الأَوْصَاف لزِمَهُ القَطْعُ فِي المَرَّةِ الأُولى فَكَذَلكَ فِي المَرَّة الثَّانيَة. وَأَمَّا كَوْنُهُ أَقْبَحَ فَظَاهِرٌ لتَقَدُّمِ الزَّاجِرِ.

وَقَوْلُهُ (وَلنَا أَنَّ القَطْعَ أَوْجَبَ سُقُوطَ عصْمَة المَحَل عَلى مَا يُعْرَفُ منْ بَعْدُ) إشَارَةٌ إلى قَوْله بَعْدَ أَوْرَاق. وَلنَا قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**لا غُرْمَ عَلى السَّارِق بَعْدَمَا قُطعَتْ يَمينُهُ**» إلخْ. وَسُقُوطُ عصْمَة المَحَل يُوجبُ انْتفَاءَ القَاطِعِ، فَإنْ قيل: العصْمَةُ وَإنْ سَقَطَتْ بالقَطْعِ لكنَّهَا عَادَتْ بالرَّدِّ إلى المَالك، أَجَابَ بقَوْله (وَبالرَّدِّ إلى المَالك إنْ عَادَتْ حَقيقَةُ العصْمَة بَقيَتْ شُبْهَةُ السُّقُوط نَظَرًا إلى اتِّحَاد الملك وَالمَحَل وَقيَامِ المُوجبِ وَهُوَ القَطْعُ فيه) فَقَوْلُهُ نَظَرًا إلى اتِّحَادِ المِلكِ احْترَازٌ عَمَّا لوْ تَبَدَّل المِلكُ

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/١٨١)، وانظر نصب الراية (٣/٥٦٢).

فِي ذَلكَ وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ قَوْله كَمَا إِذَا بَاعَهُ المَالكُ منْ السَّارِق إلخ.

وَقَوْلُهُ وَالمَحَلُّ احْترَازٌ عَمَّا إِذَا تَبدَّل المَحَلُّ كَمَا فِي صُورَة الغَزْل وَهُوَ قَوْلُهُ فِيمَا يَجيءُ بقَوْله فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالهَا مثْل أَنْ يَكُونَ غَزْلا إلخ (وَقَوْلُهُ وَقيَامُ المُوجب) أَيْ مُوجبُ سُقُوط العصْمَة وَهُوَ احْترَازٌ عَمَّا كَانَ قَبْل القَطْع. وَقَوْلُهُ (بخلاف مَا ذَكَرَهُ) يَعْني أَبَا يُوسُفَ منْ صُورَة البَيْع (لأَنَّ الملكَ قَدْ اختَلفَ باخْتلاف سَبَبه)، وَأَصْلُهُ حَديثُ بَرِيرَةَ وَهُوَ مَعْرُوفٌ. وَقَوْلُهُ (أَوْ لأَنَّ تَكْرَارَ الجنَايَة) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْله وَلنَا أَنَّ القَطْعَ فَهُوَ دَليلٌ آخرُ.

وَتَقْريرُهُ تَكْرَارُ الجنَايَة منْهُ بالعَوْد إلى سَرِقَة مَا قُطعَ فيه نَادرٌ جدًّا لتَحَمُّله مَشَقَّةَ الزَّاجرِ، وَالنَّادرُ يَعْرَى عَنْ مَقْصُود الإقَامَة وَهُوَ تَقْليلُ الجنَايَة فَلا يَحْتَاجُ إليْهَا (وَصَارَ كَمَا إذَا **قَذَفَ المَحْدُودُ فِي القَذْف المَقْذُوفَ الأَوَّل) بالزِّنَا الأَوَّل** فَإِنَّهُ لا يُحَدُّ نَظَرًا إلى عَرَائه عَنْ مَقْصُود الإقَامَة. فَإنْ قيل: نَظيرُ مَسْأَلتنَا حَدُّ الزِّنَا فِي كَوْن الحَدِّ فِي كُل وَاحد منْهُمَا خَالصُ حَقِّ الله تَعَالى، ثُمَّ حَدُّ الزِّنَا يَتَكَرَّرُ بتَكَرُّر الفعْل فِي مَحَلٍّ وَاحد، حَتَّى أَنَّ مَنْ زَنَى بامْرَأَة فَحُدَّ ثُمَّ زَنَى بتلكَ المَرْأَة مَرَّةً أُخْرَى يُحَدُّ ثَانيًا، بخلاف حَدِّ القَذْف فَإنَّ فيه حَقَّ العَبْد خُصُوصًا عَلى أَصْل الخَصْمِ، وَخُصُومَةُ المَقْذُوف فِي الحَدِّ فِي المَرَّة الثَّانيَة غَيْرُ مَسْمُوعَة لأَنَّ المَقْصُودَ إظْهَارُ كَذب القَاذف وَدَفْعُ العَار عَنْ نَفْسه وَقَدْ حَصَل ذَلكَ بالمَرَّة الأُولى.

أُجيبَ بأَنَّ حَدَّ القَذْف نَظيرُ مَسْأَلتنَا منْ حَيْثُ إنَّ هَذَا حَدٌّ لا يُسْتَوْفَى إلا بخُصُومَة فَلا يَتَكَرَّرُ إلا بتَكْرَار الخُصُومَة منْ شَخْص وَاحد فِي مَحَلٍّ وَاحد كَحَدِّ القَذْف. وَالفَرْقُ بَيْنَ المُتَنَازَع فيه وَصُورَة الزِّنَا أَنَّ الحَدَّ فِي الزِّنَا إنَّمَا هُوَ باعْتبَار المُسْتَوْفَى، وَالمُسْتَوْفَى فِي المَرَّة الثَّانيَة غَيْرُ المُسْتَوْفَى فِي المَرَّة الأُولى، لأَنَّ الأَوَّل تَلاشَى وَاضْمَحَل. وَالمَسْرُوقُ فِي المُتَنَازَع فيه هُوَ بعَيْنه المَسْرُوقُ فِي المَرَّة الأُولى. وَقَوْلُهُ (فَإنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالهَا) ظَاهرٌ، وَالقَطْع بالجَرِّ عُطفَ عَلى قَوْله منْ اتِّحَاد.

فَصلٌ فِي الحرزِ وَالأَخذِ منهُ

الشرح:

(**فَصْلٌ فِي الحِرْزِ وَالأَخذِ منْهُ**): لَمَّا كَانَ تَحَقُّقُ السَّرِقَة مَوْقُوفًا عَلى كَوْن المَسْرُوق

مَالا مُحْرَزًا وَفَرَغَ عَنْ ذِكْرِ المَوْصُوفِ شَرَعَ فِي بَيَانِ الحِرْزِ الذي يَحْصُلُ بِهِ الوَصْفُ، ثُمَّ **العلةُ فِي سُقُوطِ القَطْعِ عَنْ قَرَابَةِ الوِلادِ** أَمْرَانِ: البُسُوطَةُ فِي المَالِ وَفِي حَقِّ الدُّخُولِ فِي الحِرْزِ وَعَنْ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ أَمْرٌ وَاحِدٌ وَهُوَ البُسُوطَةُ فِي الدُّخُولِ فِي الحِرْزِ.

(وَمَن سَرَقَ مِن أَبَوَيهِ أَو وَلَدِهِ أَو ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ مِنهُ لم يُقطَع) فَالأَوَّلُ وَهُوَ الوِلادُ لِلبُسُوطَةِ فِي المَالِ وَفِي الدُّخُولِ فِي الحِرزِ. وَالثَّانِي لِلمَعنَى الثَّانِي، وَلِهَذَا أَبَاحَ الشَّرعُ النَّظَرَ إلى مَوَاضِعِ الزِّينَةِ الظَّاهِرَةِ مِنهَا، بِخِلافِ الصَّدِيقَينِ لأَنَّهُ عَادَاهُ بِالسَّرِقَةِ. وَفِي الثَّانِي خِلافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّهُ أَلحَقَهَا بِالقَرَابَةِ البَعِيدَةِ، وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي العَتَاقِ (وَلو سَرَقَ مِن بَيتِ ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ مَتَاعَ غَيرِهِ يَنبَغِي أَن لا يُقطَعَ، وَلو سَرَقَ مَالَهُ مِن بَيتِ غَيرِهِ يُقطَعُ) اعتِبَارًا لِلحِرزِ وَعَدَمِهِ (وَإِن سَرَقَ مِن أُمِّهِ مِن الرَّضَاعَةِ قُطِعَ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى أَنَّهُ لا يُقطَعُ لأَنَّهُ يَدخُلُ عَلَيهَا مِن غَيرِ استِئذَانٍ وَحِشمَةٍ، بِخِلافِ الأُختِ مِن الرَّضَاعِ لانعِدَامِ هَذَا المَعنَى فِيهَا عَادَةً. وَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لا قَرَابَةَ وَالمَحرَمِيَّةُ بِدُونِهَا لا تُحتَرَمُ كَمَا إذَا ثَبَتَت بِالزِّنَا وَالتَّقبِيلِ عَن شَهوَةٍ، وَأَقرَبُ مِن ذَلكَ الأُختُ مِن الرَّضَاعَةِ، وَهَذَا لأَنَّ الرَّضَاعَ قَلمَا يَشتَهِرُ فَلا بُسُوطَةَ تَحَرُّزًا عَن مَوقِفِ التُّهمَةِ بِخِلافِ النَّسَبِ.

الشرح:

(وَلِهَذَا أَبَاحَ الشَّرْعُ النَّظَرَ إلى مَوَاضِعِ الزِّينَةِ الظَّاهِرَةِ) الوَجْهِ وَالكَفِّ عَلى مَا سَيَجِيءُ فِي كِتَابِ الكَرَاهِيَةِ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى. وَقَوْلُهُ (وَفِي الثَّانِي) يَعْنِي وَفِي ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ (خِلافُ الشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ يَقُولُ فِي غَيْرِ الوَالِدَيْنِ وَالمَوْلُودَيْنِ يَجِبُ القَطْعُ (لأَنَّهُ أَلحَقَهَا بِالقَرَابَةِ البَعِيدَةِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي العَتَاقِ) وَلَوْ **سَرَقَ مِنْ بَيْت ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ مَتَاعَ غَيْرِه** يَنْبَغِي أَنْ لا يُقْطَعَ لِعَدَمِ الحِرْزِ (وَلَوْ سَرَقَ مَالَهُ) أَيْ مَال ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ (مِنْ بَيْت غَيْرِه قُطِعَ) لِوُجُود الحِرْزِ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ **سَرَقَ مِنْ أُمِّه مِنْ الرَّضَاعِ**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالمَحْرَمِيَّةُ بِدُونِهَا) أَيْ بِدُون القَرَابَة (لا تُحْتَرَمُ) أَيْ لا تُجْعَلُ حُرْمَةً قَوِيَّةً عَادَةً (كَمَا إذَا ثَبَتَتْ) يَعْنِي المَحْرَمِيَّةَ (بِالزِّنَا) فَإِنَّهُ إذَا سَرَقَ مِنْ بَيْت بِنْت المَرْأَة التي زَنَى بِهَا لا يُعَدُّ شُبْهَةً فِي قَطْعِ اليَد بَل تُقْطَعُ وَإِنْ كَانَتْ المَحْرَمِيَّةُ مَوْجُودَةً، وَكَذَلكَ إذَا ثَبَتَتْ بِالتَّقْبِيل عَنْ شَهْوَة. وَقَوْلُهُ (وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلكَ) أَيْ مِنْ الحُرْمَة الثَّابتَة بِالزِّنَا (الأُخْتُ مِنْ الرَّضَاعَة) يَعْني: أَنَّ الأُمَّ مِنْ الرَّضَاعِ أَشْبَهُ إلى الأُخْتِ مِنْ الرَّضَاعِ فِي إِثْبَاتِ الحُرْمَة مِنْ الحُرْمَة الثَّابتَة بِالزِّنَا، ثُمَّ

السَّرِقَةُ مِنْ بَيْتِ الأُخْتِ مِنْ الرَّضَاعِ مُوجِبَةٌ لِلقَطْعِ بِالإِجْمَاعِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَيْتِ أُمِّهِ مِنْ الرَّضَاعِ كَذَلِكَ. وَوَجْهُ الأَقْرَبِيَّة أَنَّ إِلحَاقَ الرَّضَاعِ بِالرَّضَاعِ أَقْرَبُ مِنْ إِلحَاقِه بِالزِّنَا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ القَطْعُ مَعَ الدُّخُول عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَحِشْمَةٍ (لأَنَّ الرَّضَاعَ قَلَمَا يُشْتَهَرُ فَلا بُسُوطَةَ تَحَرُّزًا عَنْ مَوْقِفِ التُّهْمَةِ بِخِلافِ النَّسَبِ).

(وَإِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوجَيْنِ مِن الآخَرِ أَو العَبدُ مِن سَيِّدِهِ أَو مِن امرَأَةِ سَيِّدِهِ أَو مِن زَوجِ سَيِّدَتِهِ لم يُقطَع) لِوُجُودِ الإِذنِ بِالدُّخُول عَادَةً، وَإِن سَرَقَ أَحَدُ الزَّوجَيْنِ مِن حِرزِ الآخَرِ خَاصَّةً لا يَسكُنَانِ فِيهِ فَكَذَلِكَ عِندَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لِبُسُوطَةٍ بَينَهُمَا فِي الأَموَالِ عَادَةً وَدَلالَةً وَهُوَ نَظِيرُ الخِلافِ فِي الشَّهَادَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا سَرَقَ **أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنْ الآخَرِ**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَدَلالَةً) مَعْنَاهُ أَنَّهَا لَمَّا بَذَلَتْ نَفْسَهَا وَهِيَ أَنْفَسُ مِنْ الأَمْوَالِ فَلأَنْ تَبْذُلَ المَالَ أَوْلَى (وَهُوَ نَظِيرُ الخِلافِ فِي الشَّهَادَةِ) فَإِنَّ شَهَادَةَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ لا تُقْبَلُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ تُقْبَلُ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ بَل هَذَا أَوْلَى لأَنَّ هَذِهِ البُسُوطَةَ لَمَّا مَنَعَتْ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فَلأَنْ تَمْنَعَ القَطْعَ وَهُوَ مِمَّا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ أَوْلَى.

(وَلو سَرَقَ المَولى مِن مُكَاتَبِهِ لم يُقطَع) لأَنَّ لهُ فِي أَكسَابِهِ حَقًّا (وَكَذَلِكَ السَّارِقُ مِن المَغنَمِ) لأَنَّ لهُ فِيهِ نَصِيبًا، وَهُوَ مَأثُورٌ عَن عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ تَعَالى عَنهُ دَرءًا وَتَعليلا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ دَرْءًا وَتَعْلِيلا) يُرِيدُ بِهِ مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ أَنَّهُ أُتِيَ بِرَجُلٍ قَدْ سَرَقَ مِنْ المَغْنَمِ فَدَرَأَ عَنْهُ الحَدَّ وَقَال إِنَّ لهُ فِيهِ نَصِيبًا.

وَقَال (وَالحِرزُ عَلى نَوعَينِ حِرزٌ لِمَعنًى فِيهِ كَالبُيُوتِ وَالدُّورِ. وَحِرزٌ بِالحَافِظِ) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ: الحِرزُ لا بُدَّ مِنهُ لأَنَّ الاستِسرَارَ لا يَتَحَقَّقُ دُونَهُ، ثُمَّ هُوَ قَد يَكُونُ بِالمَكَانِ وَهُوَ المَكَانُ المُعَدُّ لإِحرَازِ الأَمتِعَةِ كَالدُّورِ وَالبُيُوتِ وَالصُّندُوقِ وَالحَانُوتِ، وَقَد يَكُونُ بِالحَافِظِ كَمَن جَلسَ فِي الطَّرِيقِ أَو فِي المَسجِدِ وَعِندَهُ مَتَاعُهُ فَهُوَ مُحَرَّزٌ بِهِ، وَقَد «قَطَعَ رَسُولُ اللهِ ﷺ مَن سَرَقَ رِدَاءَ صَفوَانَ مِن تَحتِ رَأسِهِ وَهُوَ نَائِمٌ فِي المَسجِدِ»[1] (وَفِي المُحَرَّزِ

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)، والنسائي (٤٥٣٢)، وابن ماجه (٢٥٩٥)، وانظر نصب الراية (٣/٥٦٤).

بِالْمَكَانِ لا يُعتَبَرُ الإِحرَازُ بِالحَافِظِ هُوَ الصَّحِيحُ) لأَنَّهُ مُحرَزٌ بِدُونِهِ وَهُوَ البَيتُ وَإِن لم يَكُن لهُ بَابٌ أَو كَانَ وَهُوَ مَفتُوحٌ حَتَّى يُقطَعَ السَّارِقُ مِنهُ، لأَنَّ البِنَاءَ لقَصدِ الإِحرَازِ إلا أَنَّهُ لا يَجِبُ القَطعُ إلا بِالإِخرَاجِ مِنهُ لقِيَامِ يَدِهِ فِيهِ قَبلهُ. بِخِلافِ المُحَرَّزِ بِالحَافِظِ حَيثُ يَجِبُ القَطعُ فِيهِ، كَمَا أُخِذَ لزَوَالِ يَدِ المَالكِ بِمُجَرَّدِ الأَخذِ فَتَتِمُّ السَّرِقَةُ، وَلا فَرقَ بَينَ أَن يَكُونَ الحَافِظُ مُستَيقِظًا أَو نَائِمًا وَالمَتَاعُ تَحتَهُ أَو عِندَهُ هُوَ الصَّحِيحُ لأَنَّهُ لم يُعَدُّ النَّائِمُ عِندَ مَتَاعِهِ حَافِظًا لهُ فِي العَادَةِ. وَعَلَى هَذَا لا يَضمَنُ المُودَعُ وَالمُستَعِيرُ بِمِثلِهِ لأَنَّهُ ليسَ بِتَضيِيعٍ، بِخِلافِ مَا اختَارَهُ فِي الفَتَاوَى.

الشرح:

قَال (وَالحِرْزُ عَلى نَوْعَيْنِ) الحِرْزُ فِي اللُّغَة عِبَارَةٌ عَنْ المَكَان الحَصين وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال هُوَ مَا يُرَادُ به حفْظُ الأَمْوَال. وَهُوَ عَلى نَوْعَيْنِ (حِرْزٍ لمَعْنًى فِيه) وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ بالمَكَان المُعَدِّ لحفْظ الأَمْتعَة وَالأَمْوَال، وَيَخْتَلفُ، ذَلكَ باخْتلاف الأَمْوَال (كَالدُّور وَالبُيُوت وَالصُّنْدُوق وَالحَانُوت) وَالحَظيرَة للغَنَم وَالبَقَر (وَحِرْزٍ بالحَافظ كَمَنْ جَلسَ فِي الطَّرِيق أَوْ فِي المَسْجد وَعنْدَهُ مَتَاعُهُ فَإِنَّهُ مُحْرَزٌ به) وَكُلٌّ وَاحدٍ منْهُمَا يَنْفَكُّ عَنْ الآخَر (وَقَدْ ثَبَتَ «أَنَّ رَسُول الله ﷺ قَطَعَ مَنْ سَرَقَ رِدَاءَ صَفْوَانَ منْ تَحْت رَأْسه وَهُوَ نَائمٌ فِي المَسْجد») وَهُوَ لَيْسَ بحرْزٍ لأَنَّهُ لَمْ يَقْصدْ به الإِحْرَازَ، وَإِذَا **سَرَقَ منْ البَيْت وَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَابٌ أَوْ لَهُ بَابٌ وَلكنَّهُ مَفْتُوحٌ وَصَاحبُهُ لَيْسَ عنْدَهُ** يُقْطَعُ (فَفي الحرْز بالمَكَان لا يُعْتَبَرُ، الإِحْرَازُ بالحَافظ) فَلوْ **سَرَقَ منْ بَيْتٍ مَأْذُونٍ لَهُ بالدُّخُول فيه لكنْ مَالكُهُ يَحْفَظُهُ** لا يُقْطَعُ لأَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ الحرْزُ بالمَكَان.

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحيحُ) احْترَازٌ عَمَّا ذُكرَ فِي العُيُون أَنَّهُ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ يُقْطَعُ فيه. وَوَجْهُ الصَّحيح أَنَّ الحرْزَ الحَقيقيَّ هُوَ الحرْزُ بالمَكَان لأَنَّهُ يَمْنَعُ وُصُول اليَد إلى المَال وَيَكُونُ المَالُ مُخْتَفيًا به، وَأَمَّا الحرْزُ بالحَافظ فَإِنَّهُ وَإِنْ مَنَعَ وُصُول اليَد إليْه لكنْ المَالُ لا يَخْتَفي به، ثُمَّ المُحرَزُ بالمَكَان لا يَجبُ القَطْعُ بهتْكه إلا بإِخْرَاج المَتَاع منْهُ لقيَام يَده قَبْلهُ، وَالمُحْرَزُ بالحَافظ يَجبُ القَطْعُ فيه إذَا أَخَذَ المَال (لزَوَال يَد المَالك بمُجَرَّد الأَخْذ فَتتمُّ السَّرقَةُ) وَهَذَا أَيْضًا ممَّا يَدُلُّك عَلى أَنَّ الحرْزَ بالمَكَان أَقْوَى (وَلا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الحَافظُ مُسْتَيْقظًا أَوْ نَائمًا وَالمَتَاعُ عنْدَهُ أَوْ تَحْتَهُ) هُوَ الصَّحيحُ (لأَنَّ النَّائمَ عنْدَ مَتَاعه يُعَدُّ حَافظًا لمَتَاعه).

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحيحُ) احْترَازٌ عَنْ قَوْل بَعْضِ مَشَايخنَا إنَّ صَاحبَ المَتَاع إنَّمَا

يَكُونُ مُحْرِزًا لِمَتَاعِهِ فِي حَالِ نَوْمِهِ إذَا جَعَلَ المَتَاعَ تَحْتَ رَأْسِهِ أَوْ تَحْتَ جَنْبِهِ، أَمَّا إذَا كَانَ مَوْضُوعًا بَيْنَ يَدَيْهِ فَلا يَكُونُ مُحْرِزًا فِي حَالِ نَوْمِهِ، أَخَذُوا ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فِي الأَصْلِ **المُسَافِرُ يَنْزِلُ فِي الصَّحْرَاءِ فَيَجْمَعُ مَتَاعَهُ وَيَبِيتُ عَلَيْهِ فَسَرَقَ مِنْهُ رَجُلٌ قُطِعَ.** قَالُوا: قَوْلُهُ يَبِيتُ عَلَيْهِ يُشِيرُ إلى أَنَّهُ إنَّمَا يُقْطَعُ إذَا نَامَ عَلَيْهِ، وَمَالَ إلى الأَوَّلِ شَمْسُ الأَئِمَّةِ. وَقَالَ (المُودِعُ وَالمُسْتَعِيرُ لا يَضْمَنَانِ بِمِثْلِ ذَلِكَ لأَنَّهُ لَيْسَ بِتَضْيِيعٍ، بِخِلافِ مَا قَالَهُ فِي الفَتَاوَى) يَعْنِي قَالَ فِيهَا إنَّهُمَا يَضْمَنَانِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَلَكِنْ ذَكَرَ فِي الفَتَاوَى الظَّهِيرِيَّةِ مِثْلَ مَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ ثُمَّ قَالَ: وَقَالُوا إنَّمَا لا يَجِبُ الضَّمَانُ إذَا وَضَعَ الوَدِيعَةَ بَيْنَ يَدَيْهِ وَنَامَ فِيمَا إذَا نَامَ قَاعِدًا، وَأَمَّا إذَا نَامَ مُضْطَجِعًا فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَهَذَا إذَا كَانَ فِي الحَضَرِ، وَأَمَّا إذَا كَانَ فِي السَّفَرِ فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ نَامَ قَاعِدًا أَوْ مُضْطَجِعًا، كَذَا فِي النِّهَايَةِ.

قَال (وَمَن سَرَقَ شَيئًا مِن حِرزٍ أَو مِن غَيرِ حِرزٍ وَصَاحِبُهُ عِندَهُ يَحفَظُهُ قُطِعَ) لأَنَّهُ سَرَقَ مَالا مُحَرَّزًا بِأَحَدِ الحِرزَينِ (وَلا قَطعَ عَلى مَن سَرَقَ مَالا مِن حَمَّامٍ أَو مِن بَيتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ) لِوُجُودِ الإِذنِ عَادَةً أَو حَقِيقَةً فِي الدُّخُولِ فَاختَلَّ الحِرزُ وَيَدخُلُ فِي ذَلكَ حَوَانِيتُ التُّجَّارِ وَالخَانَاتُ، إلا إذَا سَرَقَ مِنهَا لَيلا لأَنَّهَا بُنِيَت لإِحرَازِ الأَموَالِ، وَإِنَّمَا الإِذنُ يَختَصُّ بِالنَّهَارِ (وَمَن سَرَقَ مِن المَسجِدِ مَتَاعًا وَصَاحِبُهُ عِندَهُ قُطِعَ) لأَنَّهُ مُحَرَّزٌ بِالحَافِظِ لأَنَّ المَسجِدَ مَا بُنِيَ لإِحرَازِ الأَموَالِ فَلم يَكُن المَالُ مُحَرَّزًا بِالمَكَانِ، بِخِلافِ الحَمَّامِ وَالبَيتِ الذِي أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ حَيثُ لا يُقطَعُ لأَنَّهُ بُنِيَ لِلإِحرَازِ فَكَانَ المَكَانُ حِرزًا فَلا يُعتَبَرُ الإِحرَازُ بِالحَافِظِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا قَطْعَ عَلى مَنْ سَرَقَ مِنْ حَمَّامٍ) **يَعْنِي فِي الوَقْتِ الذِي أُذِنَ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهِ** (أَوْ مِنْ بَيْتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ لِوُجُودِ الإِذْنِ عَادَةً) يَعْنِي فِي الحَمَّامِ (أَوْ حَقِيقَةً) يَعْنِي فِي البَيْتِ الذِي أُذِنَ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ) أَيْ فِي قَوْلِهِ أَوْ مِنْ بَيْتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ. وَقَوْلُهُ (إلا إذَا سَرَقَ مِنْهَا لَيْلا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلا قَطْعَ. وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ مِنْ المَسْجِدِ مَتَاعًا) ظَاهِرٌ.

(وَلا قَطعَ عَلَى الضَّيفِ إذَا سَرَقَ مِمَّن أَضَافَهُ) لأَنَّ البَيتَ لم يَبقَ حِرزًا فِي حَقِّهِ

لكَونِهِ مَأذُونًا فِي دُخُولِهِ، وَلأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ أَهلِ الدَّارِ فَيَكُونُ فِعلُهُ خِيَانَةً لا سَرِقَةً.

(وَمَن سَرَقَ سَرِقَةً فَلَم يُخرِجهَا مِن الدَّارِ لَم يُقطَع لأَنَّ الدَّارَ كُلَّهَا حِرزٌ وَاحِدٌ فَلا بُدَّ مِن الإِخرَاجِ مِنهَا، وَلأَنَّ الدَّارَ وَمَا فِيهَا فِي يَدِ صَاحِبِهَا مَعنًى فَتَتَمَكَّنُ شُبهَةُ عَدَمِ الأَخذِ فَإِن كَانَت دَارٌ فِيهَا مَقَاصِيرُ فَأَخرَجَهَا مِن المَقصُورَةِ إلى صَحنِ الدَّارِ قُطِعَ) لأَنَّ كُلَّ مَقصُورَةٍ بِاعتِبَارِ سَاكِنِهَا حِرزٌ عَلَى حِدَةٍ (وَإِن أَغَارَ إِنسَانٌ مِن أَهلِ المَقَاصِيرِ عَلَى مَقصُورَةٍ فَسَرَقَ مِنهَا قُطِعَ) لِمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً) أَيْ **مَالا** وَسَمَّى الشَّيْءَ المَسْرُوقَ سَرِقَةً مَجَازًا، وَمِنْهُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ: إذَا كَانَتْ السَّرِقَةُ مُصْحَفًا. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَتْ فِيهَا) أَيْ فِي الدَّارِ (مَقَاصِيرُ) يَعْنِي حُجُرَاتٌ وَبُيُوتٌ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ) أَيْ دَخَلَ بِسُرْعَةٍ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ نَاقِلا عَنْ المُغْرِبِ: إنْ أَغَارَ لَفْظُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ الحَلْوَانِيِّ وَالضَّمْرِيِّ، وَأَمَّا لَفْظُ مُحَمَّدٍ فَهُوَ وَإِنْ أَعَانَ إنْسَانٌ مِنْ أَهْلِ المَقَاصِيرِ إنْسَانًا عَلَى مَتَاعِ مَنْ يَسْكُنُ مَقْصُورَةً أُخْرَى. وَلَفْظُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ كَذَلِكَ، وَكَأَنَّهُ أَصَحُّ لأَنَّ الإِغَارَةَ فِي بَابِ السَّرِقَةِ غَيْرُ لائِقَةٍ، لأَنَّ السَّرِقَةَ أَخْذُ مَالٍ فِي خَفَاءٍ وَحِيلَةٍ فَلِذَلِكَ سَمَّى السَّارِقَ بِهِ لأَنَّهُ يُسَارِقُ عَيْنَ المَسْرُوقِ مِنْهُ، وَالإِغَارَةُ أَخْذٌ فِي المُجَاهَرَةِ مُكَابَرَةً وَمُغَالَبَةً.

وَقِيلَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَعْضُ أَهْلِ المَقَاصِيرِ يَدْخُلُ عَلَى بَعْضٍ آخَرَ بِاللَّيْلِ جَهْرًا وَمُكَابَرَةً وَمُخْتَفِيًا عَنْ أَعْيُنِ النَّاسِ، وَمِثْلُ هَذَا المَعْنَى لا يَلِيقُ بِهِ إلا الإِغَارَةُ، وَإِذَا صَحَّ المَعْنَى جَازَ أَنْ يَكُونَ لَفْظُ الإِغَارَةِ مَرْوِيًّا عَنْ مُحَمَّدٍ، وَكَانَ قَوْلُ المُصَنِّفِ فَسَرَقَ مِنْهَا بَعْدَ قَوْلِهِ أَغَارَ إشَارَةٌ إلَى هَاتَيْنِ الجِهَتَيْنِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلَى قَوْلِهِ لأَنَّ كُلَّ مَقْصُورَةٍ إلَخْ.

(وَإِذَا نَقَبَ اللصُّ البَيتَ فَدَخَلَ وَأَخَذَ المَالَ وَنَاوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ البَيتِ فَلا قَطعَ عَلَيهِمَا) لأَنَّ الأَوَّلَ لَم يُوجَد مِنهُ الإِخرَاجُ لاعتِرَاضِ يَدٍ مُعتَبَرَةٍ عَلَى المَالِ قَبلَ خُرُوجِهِ. وَالثَّانِي لَم يُوجَد مِنهُ هَتكُ الحِرزِ فَلَم تَتِمَّ السَّرِقَةُ مِن كُلِّ وَاحِدٍ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: إن أَخرَجَ الدَّاخِلُ يَدَهُ وَنَاوَلَهَا الخَارِجَ فَالقَطعُ عَلَى الدَّاخِلِ، وَإِن أَدخَلَ الخَارِجُ يَدَهُ فَتَنَاوَلَهَا مِن يَدِ الدَّاخِلِ فَعَلَيهِمَا القَطعُ. وَهِيَ بِنَاءً عَلَى مَسأَلَةٍ تَأتِي بَعدَ هَذَا إن شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

(وَإِن أَلقَاهُ فِي الطَّرِيقِ وَخَرَجَ فَأَخَذَهُ قُطِعَ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُقطَعُ لأَنَّ

الإلقاءَ غيرُ مُوجِبٍ للقَطعِ كمَا لو خرَجَ ولم يأخذ، وكذَا الأخذُ مِن السِّكَّةِ كمَا لو أخَذَهُ غيرُهُ. ولنَا أنَّ الرَّميَ حِيلةٌ يعتادُهَا السُّرَّاقُ لتعَذُّرِ الخُروجِ مَعَ المَتَاعِ، أو ليتَفرَّغَ لقِتَال صَاحِبِ الدَّارِ أو للفِرارِ ولم تَعترِض عليهِ يَدٌ مُعتَبَرَةٌ فاعتُبِرَ الكُلُّ فِعلا واحِدًا، فإذَا خرَجَ ولم يأخُذهُ فهُوَ مُضيِّعٌ لا سَارِقٌ. قَال (وكذَلكَ إن حَمَلَهُ علَى حِمَارٍ فسَاقَهُ وأخرَجَهُ) لأنَّ سَيرَهُ مُضَافٌ إليهِ لسَوقِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا نَقَبَ اللصُّ البَيْتَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَهِيَ بِنَاءٌ عَلى مَسْأَلة تَأْتي بَعْدَ هَذَا) إشَارَةٌ إلى مَسْأَلة نَقْبِ البَيْتِ (قَوْلُهُ وَإِنْ أَلقَاهُ فِي الطَّرِيقِ) وَاضِحٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ يَدَهُ تَثْبُتُ عَلَيْه بالأَخْذ ثُمَّ بالرَّمْيِ إلى الطَّرِيقِ لَمْ تَزُل يَدُهُ حُكْمًا لعَدَمِ اعْتِرَاضِ يَد أُخْرَى عَلى يَده. وَإِذَا بَقِيَتْ يَدُهُ حُكْمًا وَقَدْ تَقَرَّرَ ذَلكَ بالأَخْذ الثَّاني وَجَبَ القَطْعُ (قَوْلُهُ وَلَمْ تَعْتَرِضْ عَلَيْه يَدٌ مُعْتَبَرَةٌ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله كَمَا لوْ أَخَذَهُ غَيْرُهُ فَإِنَّ هُنَاكَ يَدًا مُعْتَبَرَةً اعْتَرَضَتْ عَلَيْه فَأَوْجَبَتْ سُقُوطَ اليَد الحُكْمِيَّة للسَّارِقِ فَلمَّا لَمْ تَسْقُطْ اليَدُ الحُكْمِيَّةُ هُنَا لَمْ يَرِدْ مَا ذَكَرَهُ زُفَرُ لأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ الحِرْزِ وَلا مَال فِي يَده.

وَقَوْلُهُ (فَاعْتُبِرَ الكُلُّ) أَيْ إلقَاؤُهُ فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ أَخْذُهُ مِنْهُ (فِعْلا وَاحِدًا) كَمَا إذَا أَخَذَ المَال وَخَرَجَ مَعَهُ مِنْ الحِرْزِ فَإِنَّهُ فِعْلٌ وَاحِدٌ كَذَلكَ. هَذَا وَقَوْلُهُ (فَإِذَا خَرَجَ وَلَمْ يَأْخُذْهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله كَمَا لوْ خَرَجَ وَلَمْ يَأْخُذْ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا إنْ حَمَلهُ عَلى حِمَارٍ) ظَاهِرٌ.

(وإذَا دخَل الحِرزَ جمَاعَةٌ فتَوَلى بَعضُهُم الأخذَ قُطِعُوا جمِيعًا) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ: هَذَا استِحسَانٌ وَالقِيَاسُ أن يُقطَعَ الحَامِلُ وَحدَهُ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ الإخرَاجَ وُجِدَ مِنهُ فتَمَّت السَّرِقَةُ بِهِ. وَلنَا أنَّ الإخرَاجَ من الكُل مَعنًى للمُعَاوَنَةِ كمَا فِي السَّرِقَةِ الكُبرَى، وَهَذَا لأنَّ المُعتَادَ فِيمَا بَينَهُم أن يَحمِل البَعضُ المَتَاعَ وَيَتَشَمَّرَ البَاقُونَ للدَّفعِ، فلو امتَنَعَ القَطعُ لأدَّى إلى سَدِّ بَابِ الحَدِّ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا دَخَل الحِرْزَ جَمَاعَةٌ) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَإِنَّمَا وَضَعَ المَسْأَلةَ فِي دُخُول جَمِيعِهِمْ لأَنَّهُمْ إذَا اشْتَرَكُوا وَاتَّفَقُوا عَلى فِعْل السَّرِقَة لكِنْ دَخَل وَاحِدٌ مِنْهُمْ البَيْتَ وَأَخْرَجَ المَتَاعَ وَلَمْ يَدْخُل غَيْرُهُ فَالقَطْعُ عَلى مَنْ دَخَل البَيْتَ وَأَخْرَجَ المَتَاعَ إنْ عُرِفَ

بِعَيْنِهِ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ فَعَلَيْهِمْ التَّعْزِيرُ، وَلا يُقْطَعُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، وَإِنْ كَانَ غَيْرُ الدَّاخِلِ يُعِينُ الدَّاخِلَ. وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُمْ لَمَّا لَمْ يَدْخُلُوا البَيْتَ لَمْ يَتَأَكَّدْ مُعَاوَنَتُهُمْ بِهَتْكِ الحِرْزِ بِالدُّخُولِ فَلَمْ يُعْتَبَرْ اشْتِرَاكُهُمْ لَمَا أَنَّ كَمَالَ هَتْكِ الحِرْزِ إِنَّمَا يَكُونُ بِالدُّخُولِ وَقَدْ وُجِدَ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ فَاعْتُبِرَ اشْتِرَاكُهُمْ، قَالُوا: هَذَا إِذَا كَانَ الآخِذُ الحَامِلُ مِمَّنْ يَجِبُ عَلَيْهِ القَطْعُ عِنْدَ الانْفِرَادِ بِأَنْ كَانَ عَاقِلا بَالِغًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الآخِذُ الحَامِلُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَلا يُقْطَعُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ لأَنَّ غَيْرَ الحَامِلِ فِي هَذَا الفِعْلِ تَبَعٌ لِلآخِذِ الحَامِلِ، فَإِذَا لَمْ يَجِبْ القَطْعُ عَلَى مَنْ هُوَ أَصْلٌ لا يَجِبُ عَلَى مَنْ هُوَ تَبَعٌ وَإِنْ كَانَ الذي تَوَلى الحَمْلَ وَالإِخْرَاجَ كَبِيرًا لكِنْ فِيهِمْ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، لأَنَّ الفِعْلَ مِنْ الكُلِ وَاحِدٌ وَقَدْ تَمَكَّنَتْ الشُّبْهَةُ فِي فِعْلِ بَعْضِهِمْ فَلا يَجِبُ عَلى البَاقِينَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ القَطْعُ إلا عَلَى الصَّبِيِّ وَالمَجْنُون.

قَال (وَمَن نَقَبَ البَيتَ وَأَدخَل يَدَهُ فِيهِ وَأَخَذَ شَيئًا لم يُقطَع) وَعَن أَبِي يُوسُفَ فِي الإملاءِ أَنَّهُ يُقطَعُ لأَنَّهُ أَخرَجَ المَالَ مِن الحرزِ وَهُوَ المَقصُودُ فَلا يُشتَرَطُ الدُّخُولُ فِيه، كَمَا إِذَا أَدخَل يَدَهُ فِي صُندُوقِ الصَّيرَفِيِّ فَأَخرَجَ الغطرِيفِيَّ. وَلنَا أَنَّ هَتكَ الحرزِ يُشتَرَطُ فِيهِ الكَمَالُ تَحَرُّزًا عَن شُبهَةِ العَدَمِ وَالكَمَال فِي الدُّخُول، وَقَد أَمكَنَ اعتِبَارُهُ وَالدُّخُولُ هُوَ المُعتَادُ. بِخِلافِ الصُّندُوقِ لأَنَّ المُمكِنَ فِيهِ إدخَالُ اليَدِ دُونَ الدُّخُول، وَبِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ مِن حَمل البَعضِ المَتَاعَ لأَنَّ ذَلكَ هُوَ المُعتَادُ.

قَال (وَإِن طَرَّ صُرَّةً خَارِجَةً مِن الكُمِّ لم يُقطَع، وَإِن أَدخَل يَدَهُ فِي الكُمِّ يُقطَعُ) لأَنَّ فِي الوَجهِ الأَوَّل الرِّبَاطَ مِن خَارِجٍ، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الأَخذُ مِن الظَّاهِرِ فَلا يُوجَدُ هَتكُ الحرزِ. وَفِي الثَّانِي الرِّبَاطُ مِن دَاخِلٍ، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الأَخذُ مِن الحرزِ وَهُوَ الكُمُّ، وَلو كَانَ مَكَانَ الطَّرِّ حَلُّ الرِّبَاطِ، ثُمَّ الأَخذُ فِي الوَجهَينِ يَنعَكِسُ الجَوَابُ لانعِكَاسِ العِلةِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُقطَعُ عَلَى كُل حَالٍ لأَنَّهُ مُحرَزٌ إمَّا بِالكُمِّ أَو بِصَاحِبِهِ. قُلنَا: الحِرزُ هُوَ الكُمُّ لأَنَّهُ يَعتَمِدُهُ، وَإِنَّمَا قَصدُهُ قَطعُ المَسَافَةِ أَو الاستِرَاحَةِ فَأَشبَهَ الجُوَالقَ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ نَقَبَ البَيْتَ) وَاضِحٌ. وَالغِطْرِيفِيُّ هُوَ الدِّرْهَمُ المَنْسُوبُ إلى غِطْرِيفِ بْنِ عَطَاءٍ الكِنْدِيِّ أَمِيرِ خُرَاسَانَ أَيَّامَ الرَّشِيدِ، وَالدَّرَاهِمُ الغِطْرِيفِيَّةُ كَانَتْ مِنْ أَعَزِّ النُّقُودِ

بُخَارَى كَذَا فِي الْمُغْرِبِ. وَيُؤَيِّدُ وَجْهَ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَالَ: اللصُّ إِذَا كَانَ ظَرِيفًا لا يُقْطَعُ، قِيلَ: وَكَيْفَ ذَلِكَ؟ قَالَ: **أَنْ يَنْقُبَ الْبَيْتَ وَيُدْخِلَ يَدَهُ وَيُخْرِجَ الْمَتَاعَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَدْخُلَ**. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الصُّنْدُوقِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَمَا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرَفِيِّ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ الْكَمَالُ فِي هَتْكِ الْحِرْزِ شَرْطًا تَحَرُّزًا عَنْ شُبْهَةِ الْعَدَمِ لَمَا وَجَبَ الْقَطْعُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنْ حَمْلِ بَعْضِ الْقَوْمِ الْمَتَاعَ دُونَ بَعْضٍ لأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ الْعَدَمِ. أَجَابَ بِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمُعْتَادُ (وَإِنْ طَرَّ صُرَّةً) الطَّرَّارُ هُوَ الَّذِي يَطُرُّ الْهِمْيَانَ: أَيْ يَشُقُّهَا وَيَقْطَعُهَا، وَالصُّرَّةُ وِعَاءُ الدَّرَاهِمِ، يُقَالُ صَرَرْتُ الصُّرَّةَ: أَيْ شَدَدْتُهَا، وَالْمُرَادُ بِالصُّرَّةِ هُنَا نَفْسُ الْكُمِّ الْمَشْدُودِ فِيهِ الدَّرَاهِمُ.

وَفِي هَذَا التَّفْصِيلِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ بِأَنَّ الطَّرَّارَ يُقْطَعُ لَيْسَ بِمُجْرًى عَلَى عُمُومِهِ بَلْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ، وَهِيَ مَا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي الْكُمِّ فَطَرَّهَا (قَوْلُهُ فَلا يُوجَدُ هَتْكُ الْحِرْزِ) يَعْنِي إِدْخَالَ الْيَدِ فِي الْكُمِّ وَإِخْرَاجَ الدَّرَاهِمِ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (فِي الْوَجْهَيْنِ) أَيْ مِنَ الْخَارِجِ وَالدَّاخِلِ. وَقَوْلُهُ (يَنْعَكِسُ الْجَوَابُ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ حَلَّ الرِّبَاطَ خَارِجَ الْكُمِّ يَجِبُ الْقَطْعُ، لأَنَّهُ لَمَّا حَلَّ الرِّبَاطَ الَّذِي كَانَ خَارِجَ الْكُمِّ وَقَعَتْ الدَّرَاهِمُ فِي الْكُمِّ فَاحْتَاجَ فِي أَخْذِ الدَّرَاهِمِ إِلَى إِدْخَالِ الْيَدِ فِي الْكُمِّ، فَلَمَّا أَخْرَجَ الدَّرَاهِمَ مِنَ الْكُمِّ فَقَدْ هَتَكَ الْحِرْزَ.

بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ حَلَّ الرِّبَاطَ فِي دَاخِلِ الْكُمِّ فَإِنَّهُ لا يُقْطَعُ، لأَنَّهُ لَمَّا حَلَّ الرِّبَاطَ فِي دَاخِلِ الْكُمِّ بَقِيَتْ الدَّرَاهِمُ خَارِجَ الْكُمِّ ظَاهِرَةً مَحْلُولَةً، فَكَانَ الأَخْذُ مِنْ خَارِجِ الْكُمِّ فَلَمْ يُقْطَعْ لأَنَّهُ لَمْ يَهْتِكْ الْحِرْزَ فِي أَخْذِ الْمَالِ، لأَنَّهُ وَإِنْ أَدْخَلَ الْيَدَ فِي الْكُمِّ إِلا أَنَّهُ أَدْخَلَهَا لِحَلِّ الرِّبَاطِ لا لأَخْذِ الْمَالِ مِنْ الْكُمِّ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ يَنْعَكِسُ الْجَوَابُ لانْعِكَاسِ الْعِلَّةِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يَعْتَمِدُهُ) أَيْ لأَنَّ صَاحِبَ الْكُمِّ يَعْتَمِدُ الْكُمَّ فِي حِفْظِ الْمَالِ لا قِيَامَ نَفْسِهِ عِنْدَ الْمَالِ؛ لأَنَّ قَصْدَ صَاحِبِ الْكُمِّ مِنْ وُجُودِهِ عِنْدَ الْمَالِ لا يَخْلُو مِنْ أَحَدِ أَمْرَيْنِ: قَطْعِ الْمَسَافَةِ، أَوْ الاسْتِرَاحَةِ وَذَلِكَ لأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي حَالَةِ الْمَشْيِ أَوْ فِي غَيْرِ حَالَتِهِ، فَفِي الأَوَّلِ قَصْدُهُ قَطْعُ الْمَسَافَةِ لا حِفْظُ الْمَالِ، وَفِي الثَّانِي قَصْدُهُ الاسْتِرَاحَةُ، وَالْمَقْصُودُ هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذَا الْبَابِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ شَقَّ الْجُوَالِقَ الَّذِي عَلَى إِبِلٍ تَسِيرُ وَأَخَذَ

الدَّرَاهِمَ مِنْهُ يُقْطَعُ لأَنَّ صَاحِبَ المَالِ اعْتَمَدَ الجُوَالِقَ حِرْزًا لَهَا فَكَانَ سَارِقُ الدَّرَاهِمِ مِنْ الجُوَالِقِ هَاتِكًا لِلحِرْزِ فَيُقْطَعُ. وَمَنْ سَرَقَ الجُوَالِقَ بِمَا فِيهِ وَالجُوَالِقُ عَلَى إِبِلٍ تَسِيرُ لا يُقْطَعُ لأَنَّ السَّائِقَ وَالقَائِدَ إِنَّمَا يَقْصِدُ بِفِعْلِهِ قَطْعَ المَسَافَةِ وَالسَّوْقَ لا الحِفْظَ فَلَمْ يَصِرْ الجُوَالِقُ مُحْرَزًا بِهِ مَقْصُودًا عَلَى مَا هُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ.

(وَإِن سَرَقَ مِن القِطَارِ بَعِيرًا أَو حِملا لم يُقطَع) لأَنَّهُ ليسَ بِمُحَرَّزٍ مَقصُودًا فَتَتَمَكَّنُ شُبهَةُ العَدَمِ، وَهَذَا لأَنَّ السَّائِقَ وَالقَائِدَ وَالرَّاكِبَ يَقصِدُونَ قَطعَ المَسَافَةِ وَنَقلَ الأَمتِعَةِ دُونَ الحِفظِ. حَتَّى لو كَانَ مَعَ الأَحمَالِ مَن يَتبَعُهَا لِلحِفظِ قَالُوا يُقطَعُ (وَإِن شَقَّ الحِملَ وَأَخَذَ مِنهُ قُطِعَ) لأَنَّ الجُوَالِقَ فِي مِثلِ هَذَا حِرزٌ لأَنَّهُ يَقصِدُ بِوَضعِ الأَمتِعَةِ فِيهِ صِيَانَتَهَا كَالكُمِّ فَوُجِدَ الأَخذُ مِن الحِرزِ فَيُقطَعُ (وَإِن سَرَقَ جُوَالِقًا فِيهِ مَتَاعٌ وَصَاحِبُهُ يَحفَظُهُ أَو نَائِمٌ عَلَيهِ قُطِعَ) وَمَعنَاهُ إِن كَانَ الجُوَالِقُ فِي مَوضِعٍ هُوَ لَيسَ بِحِرزٍ كَالطَّرِيقِ وَنَحوِهِ حَتَّى يَكُونَ مُحَرَّزًا بِصَاحِبِهِ لِكَونِهِ مُتَرَصِّدًا لِحِفظِهِ، وَهَذَا لأَنَّ المُعتَبَرَ هُوَ الحِفظُ المُعتَادُ وَالجُلُوسُ عِندَهُ وَالنَّومُ عَلَيهِ يُعَدُّ حِفظًا عَادَةً وَكَذَا النَّومُ بِقُربٍ مِنهُ عَلَى مَا اختَرنَاهُ مِن قَبلُ. وَذُكِرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ، وَصَاحِبُهُ نَائِمٌ عَلَيهِ أَو حَيثُ يَكُونُ حَافِظًا لهُ، وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدَّمنَاهُ مِن القَولِ المُختَارِ، وَاللهُ أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْ القِطَارِ بَعِيرًا) القِطَارُ: الإِبِلُ تُقْطَرُ عَلَى نَسَقٍ وَاحِدٍ وَالجَمْعُ قُطُرٌ، وَمِنْهُ تَقَاطَرَ القَوْمُ إِذَا جَاءُوا أَرْسَالا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنْ القَوْلِ المُخْتَارِ) يُرِيدُ قَوْلَهُ وَلا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا إِلَى قَوْلِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فَصلٌ فِي كَيفِيَّةِ القَطعِ وَإِثبَاتِهِ

قَالَ (وَيُقطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِن الزَّندِ وَيُحسَمُ) فَالقَطعُ لِمَا تَلَونَاهُ مِن قَبلُ، وَاليَمِينُ بِقِرَاءَةِ عَبدِ اللهِ بنِ مَسعُودٍ ﷺ وَمِن الزَّندِ لأَنَّ الاسمَ يَتَنَاوَلُ اليَدَ إِلَى الإِبطِ، وَهَذَا المَفصِلُ: أَعنِي الرُّسغَ مُتَيَقَّنٌ بِهِ، كَيفَ وَقَد صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَمَرَ بِقَطعِ يَدِ السَّارِقِ مِن الزَّندِ[1]، وَالحَسمُ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «فَاقطَعُوهُ وَاحسِمُوهُ»[2]،

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/٢٠٤)، وانظر نصب الراية (٣/٥٦٧).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/٣٨١)، وانظر نصب الراية (٣/٥٦٨).

وَلأَنَّهُ لو لم يُحسَم يُفضِي إلى التَّلفِ وَالحَدُّ زَاجِرٌ لا مُتلفٌ (فَإِن سَرَقَ ثَانِيًا قُطِعَت رِجلُهُ اليُسرَى، فَإِن سَرَقَ ثَالثًا لم يُقطَع وَخُلِّدَ فِي السِّجنِ حَتَّى يَتُوبَ) وَهَذَا استِحسَانٌ وَيُعَزَّرُ أَيضًا، ذَكَرَهُ المَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللهُ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: فِي الثَّالثَةِ تُقطَعُ يَدُهُ اليُسرَى، وَفِي الرَّابِعَةِ تُقطَعُ رِجلُهُ اليُمنَى لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن سَرَقَ فَاقطَعُوهُ، فَإِن عَادَ فَاقطَعُوهُ، فَإِن عَادَ فَاقطَعُوهُ»[1] وَيُروَى مُفَسَّرًا كَمَا هُوَ مَذهَبُهُ، وَلأَنَّ الثَّالثَةَ مِثلُ الأُولى فِي كَونِهَا جِنَايَةً بَل فَوقَهَا فَتَكُونُ أَدعَى إلى شَرعِ الحَدِّ. وَلنَا قَولُ عَليٍّ ﷺ فِيهِ: إِنِّي لأَستَحِي مِن اللهِ تَعَالى أَن لا أَدَعَ لهُ يَدًا يَأكُلُ بِهَا وَيَستَنجِي بِهَا وَرِجلا يَمشِي عَليهَا، وَبِهَذَا حَاجَّ بَقِيَّةَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم فَحَجَّهُم فَانعَقَدَ إجمَاعًا، وَلأَنَّهُ إهلاكٌ مَعنًى لمَا فِيهِ مِن تَفوِيتِ جِنسِ المَنفَعَةِ وَالحَدُّ زَاجِرٌ، وَلأَنَّهُ نَادِرُ الوُجُودِ وَالزَّجرُ فِيمَا يَغلبُ وُقُوعُهُ بِخِلافِ القِصَاصِ لأَنَّهُ حَقُّ العَبدِ فَيُستَوفَى مَا أَمكَنَ جَبرًا لحَقِّهِ. وَالحَدِيثُ طَعَنَ فِيهِ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ أَو نَحمِلُهُ عَلى السِّيَاسَةِ

الشرح:

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ القَطْعِ وَإِثْبَاتِه): لَّا ذَكَرَ وُجُوبَ قَطْعِ اليَدِ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ بَيَان كَيْفِيَّتِهِ وَهَذَا الفَصْلُ فِي بَيَانِه. الزَّنْدُ مَفْصِلُ طَرَفِ الذِّرَاعِ مِنْ الكَفِّ. وَالحَسْمُ مِنْ حَسَمَ العِرْقَ: كَوَاهُ بِحَدِيدَة مُحْمَاة لِئَلا يَسِيل دَمُهُ (فَالقَطْعُ لِمَا تَلوْنَاهُ) يَعْنِي قَوْله تَعَالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة: ٣٨] الآيَةَ (وَاليَمِينُ بِقِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُود) فَاقْطَعُوا أَيْمَانَهُمَا وَهِيَ مَشْهُورَةٌ جَازَتْ الزِّيَادَةُ بِهَا عَلَى الكِتَاب وَقَدْ عُرِفَ فِي الأُصُول (وَمِنْ الزَّنْد لأَنَّ الاسْمَ يَتَنَاوَلُ اليَدَ إلى الإبط، وَهَذَا المَفْصِلُ: أَعْنِي الرُّسْغَ مُتَيَقَّنٌ بِهِ) مِنْ حَيْثُ القَطْعُ وَالمَقْطُوعُ لكَوْنِه أَقَل، فَقَوْلُنَا مِنْ حَيْثُ القَطْعُ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل بَعْضِ النَّاسِ إنَّ المُسْتَحَقَّ قَطْعُ الأَصَابِعِ فَقَطْ لأَنَّ بَطْشَهُ كَانَ بِالأَصَابِعِ فَتُقْطَعُ أَصَابِعُهُ لِيَزُول تَمَكُّنُهُ مِنْ البَطْشِ بِهَا؛ لأَنَّ فِيه قَطْعًا مُكَرَّرًا، وَفِيمَا قُلنَا قَطْعٌ وَاحِدٌ عَلَى أَنَّهُ مُخَالفٌ للنَّصِّ لأَنَّ المَذْكُورَ فِيه اليَدُ، وَقَوْلُنَا مِنْ حَيْثُ المَقْطُوعُ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل الخَوَارِجِ تُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِق مِنْ المَنْكِب لأَنَّ اليَدَ اسْمٌ للجَارِحَة مِنْ رُءوسِ الأَصَابِعِ إلى الآبَاط لأَنَّ فِيهِ تَكْثِيرًا للمَقْطُوعِ. وَقَوْلُهُ (كَيْفَ وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِقَطْعِ السَّارِقِ مِنْ

(١) أخرجه أبو داود (٤٤١٠)، وانظر نصب الراية (٣/٥٦٩).

الزَّنْد وَالحَسْمِ») رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِسَارِقٍ فَقَالُوا: يَا رَسُول الله إنَّ هَذَا سَرَقَ، فَقَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **مَا إِخَالُهُ سَرَقَ.** فَقَال السَّارِقُ: بَلى يَا رَسُول الله، فَقَال: **اذْهَبُوا بِه فَاقْطَعُوهُ. ثُمَّ احْسِمُوهُ**» الحَديثَ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ لوْ لمْ يُحْسَمْ) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (وَخُلدَ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ) حَاصِلُهُ أَنَّ **السَّارِقَ لا يُؤْتَى عَلى أَطْرَافِه الأَرْبَعَة بِالقَطْعِ؛ وَإِنَّمَا يُقْطَعُ يَمِينُهُ أَوَّل سَرِقَة. وَرِجْلُهُ اليُسْرَى ثَانِيهَا، ثُمَّ يُعَزَّرُ بَعْدَ ذَلكَ وَيُحْبَسُ** عِنْدَنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بَعْدَ الرَّابِعَة يُحْبَسُ. وَعِنْدَ أَصْحَاب الظَّوَاهِر فِي المَرَّة الخَامِسَة يُقْتَلُ. وَقَوْلُهُ (وَيُرْوَى مُفَسَّرًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ هُوَ فِي حَدِيث أَبِي هُرَيْرَة «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَال: «**فِي المَرَّة الأُولى تُقْطَعُ يَدُهُ اليُمْنَى. وَفِي الثَّانِيَة الرِّجْلُ اليُسْرَى، وَفِي الثَّالثَة اليَدُ اليُسْرَى، وَفِي الرَّابِعَة الرِّجْلُ اليُمْنَى**» (قَوْلُهُ وَلأَنَّ الثَّالثَةَ) ظَاهِرٌ.

قَوْلُهُ فَحَجَّهُمْ) أَيْ غَلبَهُمْ فِي الحُجَّة، يُقَالُ حَاجَّهُ فَحَجَّهُ: أَيْ نَاظَرَهُ فِي الحُجَّة فَغَلبَهُ بِهَا (وَقَوْلُهُ بِخِلاف القِصَاصِ) جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْدِيرُهُ: لوْ **قَطَعَ رَجُلٌ أَرْبَعَةَ أَطْرَاف** اُقْتُصَّ مِنْهُ بِالإِجْمَاعِ، وَجَمِيعُ مَا ذَكَرْتُمْ مِنْ المَحْظُورَاتِ هُنَاكَ مَوْجُودٌ لأَنَّهُ لا يَبْقَى لهُ يَدٌ يَأْكُلُ بِهَا وَيَسْتَنْجِي بِهَا وَرِجْلٌ يَمْشِي عَليْهَا. وَفِيه تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَة وَنَادِرُ الوُجُود.

وَتَقْرِيرُ الجَوَاب أَنَّ القِصَاصَ حَقُّ العِبَاد، وَحَقُّ العَبْد يُرَاعَى فِيه المُمَاثَلةُ بِالنَّصِّ (وَالحَدِيثُ) الذِي رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ دَليلا عَلى دَعْوَاهُ هَذه (طَعَنَ فِيه الطَّحَاوِيُّ) قَال: تَتَبَّعْنَا هَذه الآثَارَ فَلمْ نَجِدْ لشَيْءٍ مِنْهَا أَصْلا أَشَارَ بِهَا إلى مَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ وَقَال أَبُو نَصْرٍ البَغْدَادِيُّ: قَال الطَّحَاوِيُّ: إنَّهُ حَدِيثٌ لا أَصْل لهُ، لأَنَّ كُل مَنْ لقِينَاهُ مِنْ حُفَّاظ الحَدِيث يُنْكِرُونَهُ وَيَقُولُونَ: لمْ نَجِدْ لهُ أَصْلا (أَوْ نَحْمِلُهُ عَلى السِّيَاسَة) بِدَليل مَا وَرَدَ فِي ذَلكَ الحَدِيث مِنْ الأَمْرِ بِالقَتْل فِي المَرَّة الخَامِسَة.

(وَإِذَا كَانَ السَّارِقُ أَشَل اليَدِ اليُسرَى أَو أَقطَعَ أَو مَقطُوعَ الرِّجل اليُمنَى لم يُقطَع) لأَنَّ فِيهِ تَفوِيتَ جِنسِ المَنفَعَةِ بَطشًا أَو مَشيًا، وَكَذَا إِذَا كَانَت رِجلُهُ اليُمنَى شَلاءَ لِمَا قُلنَا (وَكَذَا إِذَا كَانَت إِبهَامُهُ اليُسرَى مَقطُوعَةً أَو شَلاءَ أَو الأُصبُعَانِ مِنهَا سِوَى الإِبهَامِ) لأَنَّ قِوَامَ البَطشِ بِالإِبهَامِ (فَإِن كَانَت أُصبُعٌ وَاحِدَةٌ سِوَى الإِبهَامِ مَقطُوعَةً أَو شَلاءَ قُطِعَ) لأَنَّ فَوَاتَ الوَاحِدَةِ لا يُوجِبُ خَللا ظَاهِرًا فِي البَطشِ، بِخِلافِ فَوَاتِ الأُصبُعَينِ لأَنَّهُمَا يَتَنَزَّلانِ مَنزِلَةَ الإِبهَامِ فِي نُقصَانِ البَطشِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ فِيهِ تَفْوِيتَ جِنْسِ المَنْفَعَةِ بَطْشًا) يَعْنِي إِنْ **كَانَتْ يَدُهُ اليُسْرَى مُؤَفَّةً** (أَوْ مَشْيًا) إِنْ كَانَتْ رِجْلُهُ اليُمْنَى كَذَلِكَ وَبَاقِي كَلامِهِ ظَاهِرٌ.

قَال (وَإِذَا قَال الحَاكِمُ للحَدَّادِ اقطَع يَمِينَ هَذَا فِي سَرِقَةٍ سَرَقَهَا فَقطَعَ يَسَارَهُ عَمدًا أَو خَطأً فَلا شَيءَ عَليهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى، وَقَالا لا شَيءَ عَليهِ فِي الخَطَأِ وَيَضمَنُ فِي العَمدِ) وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: يَضمَنُ فِي الخَطَأِ أَيضًا وَهُوَ القِيَاسُ، وَالمُرَادُ بِالخَطَأِ هُوَ الخَطَأُ فِي الاجتِهَادِ، وَأَمَّا الخَطَأُ فِي مَعرِفَةِ اليَمِينِ وَاليَسَارِ لا يُجعَلُ عَفوًا. وَقِيل يُجعَلُ عُذرًا أَيضًا. لهُ أَنَّهُ قَطَعَ يَدًا مَعصُومَةً وَالخَطَأُ فِي حَقِّ العِبَادِ غَيرُ مَوضُوعٍ فَيَضمَنُهَا. قُلنَا إِنَّهُ أَخطَأَ فِي اجتِهَادِهِ، إِذ ليسَ فِي النَّصِّ تَعيِينُ اليَمِينِ، وَالخَطَأُ فِي الاجتِهَادِ مَوضُوعٌ. وَلهُمَا أَنَّهُ قَطَعَ طَرَفًا مَعصُومًا بِغَيرِ حَقٍّ وَلا تَأوِيلٍ لأَنَّهُ تَعَمَّدَ الظُّلمَ فَلا يُعفَى وَإِن كَانَ فِي المُجتَهَدَاتِ، وَكَانَ يَنبَغِي أَن يَجِبَ القِصَاصُ إِلا أَنَّهُ امتَنَعَ للشُّبهَةِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ أَتلفَ وَأَخلفَ مِن جِنسِهِ مَا هُوَ خَيرٌ مِنهُ فَلا يُعَدُّ إِتلافًا كَمَن شَهِدَ عَلى غَيرِهِ بِبَيعِ مَالهِ بِمِثل قِيمَتِهِ ثُمَّ رَجَعَ، وَعَلى هَذَا لو قَطَعَهُ غَيرُ الحَدَّادِ لا يَضمَنُ أَيضًا هُوَ الصَّحِيحُ. وَلو أَخرَجَ السَّارِقُ يَسَارَهُ وَقَال هَذِهِ يَمِينِي لا يَضمَنُ بِالاتِّفَاقِ لأَنَّ قَطعَهُ بِأَمرِهِ. ثُمَّ فِي العَمدِ عِندَهُ عَليهِ ضَمَانُ المَال لأَنَّهُ لم يَقَع حَدًّا. وَفِي الخَطَأِ كَذَلك عَلى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ، وَعَلى طَرِيقَةِ الاجتِهَادِ لا يَضمَنُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا قَال الحَاكِمُ للحَدَّادِ اقْطَعْ يَمِينَ هَذَا السَّارِقِ) الحَدَّادُ هُوَ الذي يُقِيمُ الحَدَّ فَعَّالٌ مِنْهُ كَالجَلادِ مِنْ الجَلدِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ يَمِينَ هَذَا لأَنَّهُ إِذَا قَال اقْطَعْ يَدَهُ مُطْلَقًا فَقَطَعَ الحَدَّادُ يَدَهُ اليُسْرَى فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِالاتِّفَاقِ لأَنَّهُ فَعَل مَا أَمَرَهُ بِهِ. فَإِنَّهُ أَمَرَهُ بِقَطْعِ اليَدِ وَاليُسْرَى يَدٌ فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ **حُكْمَ مَا إِذَا قَطَعَ اليَمِينَ بَعْدَ القَضَاءِ قَبْل أَنْ يَقُول لهُ اقْطَعْ.** وَقَال فِي المَبْسُوطِ: لا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لأَنَّ قِيمَةَ اليَدِ قَدْ سَقَطَتْ بِقَضَاءِ الإِمَامِ عَلَيْهِ بِالقَطْعِ. فَالقَاطِعُ اسْتَوْفَى يَدًا لا قِيمَةَ لهَا فَلَمْ يَكُنْ ضَامِنًا، لكِنْ أَدَّبَهُ الإِمَامُ لأَنَّهُ أَسَاءَ الأَدَبَ حِينَ قَطَعَهُ قَبْل أَنْ يَأْمُرَهُ الإِمَامُ بِهِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (بِغَيْرِ حَقٍّ) دَلِيلُهُ أَنَّ الحَقَّ فِي اليَمِينِ فِي السَّرِقَةِ وَهُوَ أَيْضًا لمْ يَقْطَعْ يَسَارَ

أَحَدٍ لِيَكُونَ حَقُّ القَطْعِ اليَسَارِ قِصَاصًا (وَلا تَأْوِيل) حَيْثُ لَمْ يُخْطِئْ لأَنَّ الكَلامَ فِيمَا إِذَا تَعَمَّدَ فِي قَطْعِ اليَسَارِ (فَلا يُعْفَى) كَمَا لوْ قَطَعَ رِجْلَهُ أَوْ أَنْفَهُ (وَإِنْ كَانَ فِي المُجْتَهِدَاتِ) لأَنَّ المُجْتَهِدَ لا يُعْذَرُ فِيمَا إِذَا أَخْطَأَ إِذَا كَانَ الدَّلِيلُ ظَاهِرًا كَالحُكْمِ بِحل مَتْرُوك التَّسْمِيَة عَامِدًا (وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ إِلا أَنَّهُ امْتَنَعَ لِلشُّبْهَةِ) وَهِيَ قَوْله تَعَالى: ﴿ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة: ٣٨] فَإِنَّ ظَاهِرَهُ يُوجِبُ تَنَاوُل اليَدَيْنِ جَمِيعًا فَصَارَ شُبْهَةً فِي حَقِّ القِصَاصِ، إِذْ القِصَاصُ لا يَثْبُتُ بِالشُّبْهَةِ، بِخِلافِ ضَمَانِ المَال. وَقَوْلُهُ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ) تَقْرِيرُهُ القَوْل بِالمُوجِب.

سَلمْنَا أَنَّهُ قَطَعَ طَرَفًا مَعْصُومًا بِغَيْرِ حَقٍّ وَلا تَأْوِيل، لكِنَّهُ أَخْلفَ مِنْ جِنْسه مَا هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ فَلا يُعَدُّ إِتْلافًا (وَعَلى هَذَا) التَّقْرِير (لوْ قَطَعَهُ غَيْرُ الحَدَّاد) أَيْ لوْ **قَطَعَ يَسَارَ السَّارِق غَيْرُ الحَدَّاد بَعْدَ حُكْمِ القَاضِي بِقَطْعِ يَمِينه** (لا يَضْمَنُ) شَيْئًا لأَنَّ امْتِنَاعَ قَطْعِ اليَمِينِ بَعْدَ قَطْعِ اليَسَارِ لا يَتَفَاوَتُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَاطِعُ اليَسَارِ مَأْمُورَ الحَاكِمِ أَوْ أَجْنَبِيًّا غَيْرَ مَأْمُورٍ (وَقَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ فَقَال فِيه: وَلوْ قَطَعَ غَيْرُهُ يَدَهُ اليُسْرَى فَإِنَّ فِي العَمْدِ القِصَاصَ وَفِي الخَطَإِ الدِّيَةَ، وَسَقَطَ القَطْعُ عَنْهُ فِي اليَمِينِ لأَنَّهُ لوْ قَطَعَ أَدَّى إِلى الاسْتِهْلاك، وَيَرُدُّ السَّرِقَةَ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَعَلَيْه ضَمَانُهُ فِي الهَالكِ قَوْلُهُ وَلوْ أَخْرَجَ السَّارِقُ يَسَارَهُ) ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ ثُمَّ فِي العَمْدِ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ (عَليْه) أَيْ عَلى السَّارِق (ضَمَانُ المَال) المَسْرُوق إِنْ كَانَ هَالكًا (لأَنَّهُ لمْ يَقَعْ حَدًّا) وَإِنَّمَا خَصَّ أَبَا حَنِيفَةَ بِالذِّكْرِ وَإِنْ كَانَ الضَّمَانُ عَلى السَّارِق بِالاتِّفَاق دَفْعًا لمَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمَ أَنَّ قَطْعَ اليَسَارِ وَقَعَ حَدًّا عِنْدَهُ حَيْثُ لمْ يُوجِبْ الضَّمَانَ عَلى الحَدَّاد، فَأَزَال ذَلكَ بِبَيَانِ وُجُوبِ الضَّمَان إِيذَانًا بِأَنَّ القَطْعَ لمْ يَقَعْ حَدًّا، إِذْ القَطْعُ حَدًّا وَالضَّمَانُ لا يَجْتَمِعَانِ وَعَدَمُ الضَّمَان عَلى الحَدَّاد بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَخْلفَ خَيْرًا لا بِاعْتِبَارِ أَنَّ القَطْعَ وَقَعَ حَدًّا، وَأَمَّا عَلى مَذْهَبِهِمَا فَظَاهِرٌ لا حَاجَةَ إِلى ذِكْرِه لأَنَّهُمَا يَضْمَنَانِ الحَدَّادَ فِي العَمْدِ فَلا يَقَعُ القَطْعُ حَدًّا لا مَحَالةَ فَيَضْمَنُ السَّارِقُ لعَدَمِ لُزُومِ الجَمْعِ بَيْنَ الضَّمَانِ وَالقَطْعِ حَدًّا.

وَقَوْلُهُ (وَفِي الخَطَإِ كَذَلكَ عَلى هَذِه الطَّرِيقَة) أَيْ عَلى طَرِيقَة أَنَّ القَطْعَ لمْ يَقَعْ حَدًّا لأَنَّهُ إِذَا لمْ يَقَعْ حَدًّا لمْ يُوجَدْ مَا يُنَافِي الضَّمَانَ وَالمُقْتَضِي وَهُوَ الإِتْلافُ مَوْجُودٌ

فَيَجِبُ الضَّمَانُ أَلبَتَّةَ (وَعَلى طَرِيقَة الاجْتِهَاد) الذي قُلنَا في طَرِيقِ أَبي يُوسُفَ وَمُحَمَّد أَنَّ ضَمَانَ اليَدِ عَلى الحَدَّاد بَطَل بِطَرِيقِ الاجْتِهَادِ (لا يَضْمَنُ) السَّارِقُ المَال لوُقُوعِ القَطْعِ مَوْقِعَ الحَدِّ بِالاجْتِهَادِ وَالضَّمَانُ وَالقَطْعُ حَدًّا لا يَجْتَمِعَان.

(وَلا يُقطَعُ السَّارِقُ إلا أَن يَحضُرَ المَسرُوقُ مِنهُ فَيُطَالِبُ بِالسَّرِقَةِ) لأَنَّ الخُصُومَةَ شَرطٌ لظُهُورِهَا، وَلا فَرقَ بَينَ الشَّهَادَةِ وَالإقرَارِ عِندَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ فِي الإقرَارِ، لأَنَّ الجِنَايَةَ عَلى مَال الغَيرِ لا تَظهَرُ إلا بِخُصُومَتِهِ، وَكَذَا إذَا غَابَ عِندَ القَطعِ عِندَنَا، لأَنَّ الاستِيفَاءَ مِن القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ

الشرح:

قَال (وَلا يُقْطَعُ السَّارِقُ إلا أَنْ يَحْضُرَ المَسْرُوقُ مِنْهُ) اخْتَلفَ العُلمَاءُ فِي **اشْتِرَاط حُضُورِ المَسْرُوق مِنهُ وَطَلبه السَّرِقَةَ للقَطْعِ**، فَقَال ابْنُ أَبي ليْلى، لا حَاجَةَ إلى ذَلكَ وَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلى السَّرِقَة حِسْبَةً كَالزِّنَا، لأَنَّ المُسْتَحَقَّ بِكُل وَاحِد مِنْهُمَا خَالصُ حَقِّ اللهِ تَعَالى. وَقَال الشَّافِعِيُّ: إنْ أَقَرَّ السَّارِقُ بِالسَّرِقَة فَلا حَاجَةَ إلى ذَلكَ، وَإِنْ ثَبَتَ بِالبَيِّنَة فَلا بُدَّ مِنْ ذَلكَ لأَنَّ الشَّهَادَةَ تَنْبَنِي عَلى الدَّعْوَى فِي الحَال، فَمَا لمْ يَحْضُرْ هُوَ أَوْ نَائِبُهُ لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ غَابَ بَعْدَ ذَلكَ لا يَتَعَذَّرُ اسْتِيفَاءُ القَطْعِ.

وَعِنْدَنَا حُضُورُهُ شَرْطٌ فِي الإقْرَارِ وَالشَّهَادَة جَمِيعًا عِنْدَ الأَدَاءِ وَعِنْدَ القَطْعِ، لأَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهُورِ السَّرِقَة لقِيَامِ احْتِمَال رَدِّ الإقْرَارِ وَالإقْرَارُ لهُ بِالملك بَعْدَ الشَّهَادَة وَبِهِ تَنْتَفِي السَّرِقَةُ، وَكُلُّ مَا هُوَ شَرْطُ الشَّيْءِ لا يَتَحَقَّقُ بِدُونه فَكَانَ القَطْعُ قَبْل حُضُورِه اسْتِيفَاءَ الحَدِّ مَعَ قِيَامِ الشُّبْهَةِ وَهُوَ لا يَجُوزُ، وَكَلامُهُ فِي الكِتَابِ وَاضِحٌ خَلا أَنَّ فِيه تَوَهُّمَ التَّكْرَارِ، لأَنَّ مَعْنَى قَوْله لأَنَّ الجِنَايَةَ عَلى مَال الغَيْرِ لا تَظْهَرُ إلا بِخُصُومَةٍ هُوَ مَعْنَى قَوْلهِ لأَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ لظُهُورِهَا: أَيْ لظُهُورِ السَّرِقَة وَهِيَ الجِنَايَةُ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُدْفَعَ بِأَنَّ الأَوَّل تَعْليلٌ لاشْتِرَاط الحُضُورِ، وَالثَّانِيَ لعَدَمِ التَّفْرِقَة بَيْنَ الإقْرَارِ وَالشَّهَادَة وَإِنْ كَانَا بِمَعْنًى وَاحِدٍ؛ وَمَعْنَى قَوْله لأَنَّ الاسْتِيفَاءَ مِنْ القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُود قَدْ تَقَدَّمَ.

(وَللمُستَودَعِ وَالغَاصِبِ وَصَاحِبِ الرِّبَا أَن يَقطَعُوا السَّارِقَ مِنهُم) وَلرَبِّ الوَدِيعَةِ أَن يَقطَعَهُ أَيضًا، وَكَذَا المَغصُوبُ مِنهُ. وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا يُقطَعُ بِخُصُومَةِ الغَاصِبِ

وَالْمُستَودَعِ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ المُستَعِيرُ وَالمُستَأجِرُ وَالمُضَارِبُ وَالمُستَبضِعُ وَالقَابِضُ عَلى سَومِ الشِّرَاءِ وَالمُرتَهِنُ وَكُلُّ مَن لهُ يَدٌ حَافِظَةٌ سِوَى المَالكِ، وَيُقطَعُ بِخُصُومَةِ المَالكِ فِي السَّرِقَةِ مِن هَؤُلاءِ إلا أنَّ الرَّاهِنَ إنَّمَا يُقطَعُ بِخُصُومَتِهِ حَال قِيَامِ الرَّهنِ بَعدَ قَضَاءِ الدَّينِ لأنَّهُ لا حَقَّ لهُ فِي المُطَالبَةِ بِالعَينِ بِدُونِهِ. وَالشَّافِعِيُّ بَنَاهُ عَلى أَصلهِ أَن لا خُصُومَةَ لهَؤُلاءِ فِي الاستِردَادِ عِندَهُ. وَزُفَرُ يَقُولُ: وِلايَةُ الخُصُومَةِ فِي حَقِّ الاستِردَادِ ضَرُورَةُ الحِفظِ فَلا تَظهَرُ فِي حَقِّ القَطعِ لأنَّ فِيهِ تَفوِيتَ الصِّيَانَةِ.

وَلنَا أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ للقَطعِ فِي نَفسِهَا، وَقَد ظَهَرَت عِندَ القَاضِي بِحُجَّةٍ شَرعِيَّةٍ وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلينِ عَقِيبَ خُصُومَةٍ مُعتَبَرَةٍ مُطلقًا إذ الاعتِبَارُ لحَاجَتِهِم إلى الاستِردَادِ فَيَستَوفِي القَطعَ. وَالمَقصُودُ مِن الخُصُومَةِ إحيَاءُ حَقِّهِ وَسُقُوطُ العِصمَةِ ضَرُورَةُ الاستِيفَاءِ فَلم يُعتَبَر، وَلا مُعتَبَرَ بِشُبهَةٍ مَوهُومَةِ الاعتِرَاضِ كَمَا إذَا حَضَرَ المَالكُ وَغَابَ المُؤتَمَنُ فَإِنَّهُ يُقطَعُ بِخُصُومَتِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَإِن كَانَت شُبهَةُ الإِذنِ فِي دُخُول الحِرزِ ثَابِتَةً

الشرح:

(قَوْلُهُ وَصَاحِبُ الرِّبَا) قِيل صُورَتُهُ: رَجُلٌ بَاعَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ بعشْرِينَ دِرْهَمًا وَقَبَضَهُ فَسُرِقَ مِنْهُ يُقْطَعُ السَّارِقُ بِخُصُومَتِه عِنْدَ عُلمَائنَا الثَّلاثَة، وَلَمْ يَذْكُرْ العَاقدَ الآخَرَ مِنْ عَاقِدَيْ الرِّبَا فَكَأَنَّهُ بالتَّسْليمِ لَمْ يَبْقَ لَهُ ملكٌ وَلا يَدٌ فَلا يَكُونُ لَهُ وِلايَةُ الخُصُومَة، بخلاف رَبِّ الوَديعَة وَالمَغْصُوب مِنْهُ فَإِنَّ الملكَ لهُمَا بَاقٍ (قَوْلُهُ وَكُلُّ مَنْ لهُ يَدٌ حَافظَةٌ) يُرِيدُ مُتَوَلِّيَ الوَقْف وَالأَبَ وَالوَصِيَّ، وَلوْ سَرَقَ سَارِقٌ مِنْ أَحَد هَؤُلاء وَخَاصَمَ المَالكُ قُطعَ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ السَّرِقَةُ مِنْ عِنْده لقيَام الملك (قَوْلُهُ إلا أَنَّ الرَّاهِنَ) اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ. وَقَدْ اخْتَلفَ نُسَخُ الهِدَايَة فِيه، فَفِي بَعْضِهَا إلا أَنَّ الرَّاهِنَ إنَّمَا يُقْطَعُ بخُصُومَته حَال قِيَامِ الرَّهْنِ قَبْل قَضَاء الدَّيْن أَوْ بَعْدَهُ، وَفِي بَعْضِهَا حَال قِيَام الرَّهْن بَعْدَ قَضَاء الدَّيْن. وَاسْتَصْوَبَهُ الشَّارِحُونَ نَقْلا وَعَقْلا؛ أَمَّا نَقْلا فَلأَنَّهُ مُوَافِقٌ لرِوَايَة الإِيضَاحِ وَالمُحيط.

قَال فِي المُحِيط: إذَا سُرِقَ الرَّهْنُ مِنْ المُرْتَهِنِ فَللمُرْتَهِنِ أَنْ يَقْطَعَهُ وَليْسَ للرَّاهِنِ أَنْ يَقْطَعَهُ لأَنَّهُ لا سَبِيل لهُ عَلى أَخْذ الرَّهْنِ. قَال: وَإِنْ قَضَى الرَّاهِنُ الدَّيْنَ فَلهُ أَنْ يَقْطَعَهُ لأَنَّ لهُ أَنْ يَأْخُذَهُ. وَكَذَا فِي الإِيضَاحِ. وَأَمَّا عَقْلا فَلأَنَّ السَّارِقَ إنَّمَا تُقْطَعُ

يَدُهُ بِخُصُومَة مَنْ لهُ وِلايَةُ الاسْتِرْدَادِ وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ ذَلِكَ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَالْمُرَادُ بِالرَّهْنِ الْمَرْهُونُ، وَالضَّمِيرُ فِي (بِدُونِه) رَاجِعٌ إلى قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَعَلى النُّسْخَةِ الأُولى إلى قِيَامِ الرَّهْنِ فَكَانَ شَرْطُ جَوَازِ القَطْعِ بِخُصُومَةِ الرَّاهِنِ أَمْرَيْنِ: قِيَامَ المَرْهُونِ حَتَّى لوْ هَلكَ لا سَبِيلَ لِلرَّاهِنِ عَلَيْهِ لِبُطْلانِ دَيْنِه عَنْهُ. وَقَضَاءُ الدَّيْنِ لِحُصُولِ وِلايَةِ الاسْتِرْدَادِ حِينَئِذٍ، وَزُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ اتَّفَقَا فِي الحُكْمِ وَاخْتَلفَا فِي تَخْرِيجِ المَنَاطِ (فَالشَّافِعِيُّ بَنَاهُ عَلى أَصْلِه أَنْ لا خُصُومَةَ لِهَؤُلاءِ المَذْكُورِينَ فِي الاسْتِرْدَادِ عِنْدَهُ) إذَا جَحَدَ مَنْ فِي يَدِهِ المَالُ مَا لَمْ يَحْضُرْ المَالِكُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ وِلايَةُ الاسْتِرْدَادِ لا يُلتَفَتُ إلى خُصُومِهِمْ (وَزُفَرُ يَقُولُ: وِلايَةُ الخُصُومَةِ فِي الاسْتِرْدَادِ ضَرُورَةُ الحِفْظِ).

وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا (فَلا تَظْهَرُ فِي حَقِّ القَطْعِ لأَنَّ فِيه) أَيْ فِي ظُهُورِهَا فِي حَقِّ القَطْعِ (تَفْوِيتَ الصِّيَانَة) لأَنَّ المَالَ مَضْمُونٌ عَلى السَّارِقِ، فَلوْ اسْتَوْفَى القَطْعَ سَقَطَ الضَّمَانُ فَيَكُونُ فِيه تَضْيِيعٌ لا صِيَانَةٌ وَهُمْ مَأْمُورُونَ بِالحِفْظِ وَالصِّيَانَة (وَلنَا أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلقَطْعِ فِي نَفْسِهَا) وَهَذَا ظَاهِرٌ (وَ) السَّرِقَةُ (قَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ القَاضِي بِحُجَّة شَرْعِيَّة وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ عَقِيبَ خُصُومَة مُعْتَبَرَة مُطْلَقًا) أَيْ غَيْرِ ضَرُورِيَّة، فَالمُوجِبُ لِلقَطْعِ قَدْ ظَهَرَ عِنْدَ القَاضِي بِحُجَّة شَرْعِيَّة فَيَتَرَتَّبُ عَليْه القَطْعُ، وَإِنَّمَا قَال إنَّ الخُصُومَةَ غَيْرُ ضَرُورِيَّة (لأَنَّ الاعْتِبَارَ لِحَاجَتِهِمْ إلى اسْتِرْدَادِ اليَدِ) وَهُمْ فِي ذَلكَ كَالمَالِك، لأَنَّ اعْتِبَارَ خُصُومَةِ المَالِك لِحَاجَتِه إلى إظْهَارِ السَّرِقَةِ لإِعَادَةِ اليَدِ عَلى المَحَل تَحْصِيلا لِلأَغْرَاضِ المُتَعَلقَةِ بِاليَد. وَهَذَا المَعْنَى مَوْجُودٌ فِي هَؤُلاءِ، أَمَّا المُسْتَأْجِرُ وَالمُسْتَعِيرُ فَلاحْتِيَاجِهِمَا إلى الانْتِفَاعِ بِالمَحَل، وَأَمَّا المُرْتَهِنُ وَالمُودَعُ فَلِلرَّدِّ إلى المَالِك تَخْلِيصًا لِلذِّمَّة عَنْ عُهْدَةِ الضَّمَانِ وَالتِزَامِ الحِفْظِ، وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الخُصُومَةَ مُطْلَقَةٌ انْدَفَعَ مَا قَال زُفَرُ إنَّهَا ضَرُورَةُ الحِفْظِ فَلا تَظْهَرُ فِي حَقِّ القَطْعِ.

وَقَوْلُهُ (وَالمَقْصُودُ مِنْ الخُصُومَة) أَيْ مَقْصُودُ صَاحِبِ اليَدِ (إحْيَاءُ حَقِّ المَالِك وَسُقُوطُ) الضَّمَانِ بِسُقُوطِ (العِصْمَة) مِنْ ضَرُورَةِ القَطْعِ فَكَانَ ضِمْنِيًّا وَالضِّمْنِيُّ غَيْرُ مُعْتَبَر، وَهَذَا جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ زُفَرَ لأَنَّ فِيه تَفْوِيتَ الصِّيَانَة. وَقَوْلُهُ (وَلا مُعْتَبَرَ بِشُبْهَة مَوْهُومَة الاعْتِرَاضِ) جَوَابُ سُؤَال مُقَدَّرٍ تَقْدِيرُهُ أَنْ يُقَال يَنْبَغِي أَنْ **لا يُقْطَعَ السَّارِقُ بِدُونِ حَضْرَة المَالِك** كَمَا مَرَّ فِي مَسْأَلة قُبَيْل هَذَا الاحْتِمَال أَنَّهُ لوْ حَضَرَ أَقَرَّ لِلسَّارِقِ بِالمَسْرُوق.

وَتَوْجِيهُ الجَوَابِ هَذِهِ شُبْهَةٌ مَوْهُومَةُ الاعْتِرَاضِ فَلا تُعْتَبَرُ (كَمَا إِذَا حَضَرَ المَالِكُ وَغَابَ المُؤْتَمَنُ) فَإِنَّ فِيهِ شُبْهَةً مَوْهُومَةً أَيْضًا وَهُوَ أَنْ يَحْضُرَ المُؤْتَمَنُ وَيَقُول إِنَّهُ كَانَ ضَيْفًا عِنْدِي فِي الوَقْتِ الذِي سُرِقَ ذَلِكَ وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يَشْتَرِطْ حُضُورَ المُؤْتَمَنِ بَل يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ المَالِكِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ) وَقَيَّدَ بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ احْتِرَازًا عَنْ رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ المَالِكَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْطَعَهُ حَال غَيْبَةِ المُودِعِ لأَنَّ السَّارِقَ لَمْ يَسْرِقْ مِنْ المَالِكِ وَإِنَّمَا سُرِقَ مِنْ الذِي كَانَ عِنْدَهُ فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يُطَالِبَ بِذَلِكَ غَيْرُهُ. فَإِنْ قِيل: مَا الفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ. وَبَيْنَ مَا إِذَا أَقَرَّ السَّارِقُ بِالسَّرِقَةِ فِي غَيْبَةِ المَالِكِ حَيْثُ لا يُقْطَعُ مَا لَمْ يَحْضُرْ مَعَ أَنَّ العلةَ المَذْكُورَةَ وَهُوَ قَوْلُهُ إِنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلقَطْعِ فِي نَفْسِهَا وَقَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ القَاضِي بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ الإِقْرَارُ مَوْجُودَةٌ وَشُبْهَةُ الإِذْنِ بِالدُّخُول فِي الحِرْزِ أَوْ الإِقْرَارِ بِالمَسْرُوقِ لِلسَّارِقِ مَوْهُومَةُ الاعْتِرَاضِ وَمَعَ ذَلِكَ لا يُقْطَعُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الفَرْقَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ قَدْ ظَهَرَتْ فِيهِ السَّرِقَةُ عَقِيبَ خُصُومَةٍ مُعْتَبَرَةٍ فَلَمْ تُؤَثِّرْ الشُّبْهَةُ فِي دَفْعِ العلةِ عَنْ مُقْتَضَاهَا لِقُوَّتِهَا، بِخِلافِ صُورَةِ الإِقْرَارِ فَإِنَّهَا لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ..

(وَإِن قُطِعَ سَارِقٌ بِسَرِقَةٍ فَسُرِقَت مِنهُ لَم يَكُن لَهُ وَلا لِرَبِّ السَّرِقَةِ أَن يَقطَعَ السَّارِقَ الثَّانِي) لأَنَّ المَال غَيرُ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّ السَّارِقِ حَتَّى لا يَجِبَ عَلَيهِ الضَّمَانُ بِالهَلاكِ فَلَم تَنعَقِد مُوجِبَةً فِي نَفسِهَا، وَلِلأَوَّل وِلايَةُ الخُصُومَةِ فِي الاستِردَادِ فِي رِوَايَةٍ لِحَاجَتِهِ إِذ الرَّدُّ وَاجِبٌ عَلَيهِ (وَلَو سَرَقَ الثَّانِي قَبل أَن يُقطَعَ الأَوَّلُ أَو بَعدَ مَا دُرِئَ الحَدُّ بِشُبهَةٍ يُقطَعُ بِخُصُومَةِ الأَوَّل) لأَنَّ سُقُوطَ التَّقَوُّمِ ضَرُورَةُ القَطعِ وَلَم يُوجَد فَصَارَ كَالغَاصِبِ

الشرح:

قَال (وَإِنْ قُطِعَ سَارِقٌ بِسَرِقَةٍ) المَسْرُوقُ إِذَا سُرِقَ مِنْ السَّارِقِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْل أَنْ قُطِعَ يَدُهُ أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ لَمْ يَكُنْ لَهُ: أَيْ لِلسَّارِقِ وَلا لِلمَالِكِ أَنْ يَقْطَعَ يَدَ السَّارِقِ الثَّانِي، أَمَّا السَّارِقُ فَلِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا (أَنَّ المَال غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّهِ حَتَّى لا يَجِبَ الضَّمَانُ بِالهَلاكِ فَلَمْ تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا) وَالثَّانِيَ أَنَّ يَدَهُ لَمْ تَبْقَ مِنْ الأَيْدِي التِي ذَكَرْنَاهَا مِنْ ملكٍ وَضَمَانِ الوَدِيعَةِ وَخُصُومَةِ مَنْ هَذِهِ صِفَتُهُ لا تُعْتَبَرُ فِي القَطْعِ وَأَمَّا المَالِكُ فَلِلوَجْهِ الأَوَّلِ.

وَقَوْلُهُ (وَلِلأَوَّل) أَيْ السَّارِقِ الأَوَّلِ (وِلايَةُ الخُصُومَةِ فِي الاسْتِرْدَادِ فِي رِوَايَةٍ

لِحَاجَتِه إِذْ الرَّدُّ وَاجِبٌ عَلَيْه) وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي رِوَايَة أُخْرَى لأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِصَحِيحَة لِكَوْن اليَد الصَّحِيحَة عِبَارَةً عَنْ أَنْ تَكُونَ يَدَ مَالك أَوْ ضَمَان أَوْ أَمَانَة وَلَمْ يُوجَدْ ذَلكَ وَإِنْ كَانَ الأَوَّل يُقْطَعُ بِخُصُومَة الأَوَّل لأَنَّ سُقُوطَ التَّقَوُّم كَانَ لِضَرُورَة القَطْع، وَكَذَا خُرُوجُ يَده عَنْ كَوْنِهَا يَدَ ضَمَان كَانَ لِذَلكَ وَقَدْ انْتَفَى ذَلكَ فَصَارَ كَالغَاصِب وَالدَّرْءُ بِالشُّبْهَة لِعَدَمِ القَطْع هَاهُنَا وَلِهَذَا قَرَنَ المُصَنِّفُ بَيْنَهُمَا.

(وَمَن سَرَقَ سَرِقَةً فَرَدَّهَا عَلَى المَالِكِ قَبل الارتِفَاعِ) إلى الحَاكِمِ (لم يُقطَع) وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُقطَعُ اعتِبَارًا بِمَا إِذَا رَدَّهُ بَعدَ المُرَافَعَةِ. وَجهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الخُصُومَةَ شَرطٌ لِظُهُورِ السَّرِقَةِ، لأَنَّ البَيِّنَةَ إِنَّمَا جُعِلت حُجَّةً ضَرُورَةَ قَطعِ المُنَازَعَةِ وَقَد انقَطَعَت الخُصُومَةُ، بِخِلافِ مَا بَعدَ المُرَافَعَةِ لانتِهَاءِ الخُصُومَةِ لِحُصُول مَقصُودِهَا فَتَبقَى تَقدِيرًا

الشرح:

(وَمَنْ سَرَقَ **سَرِقَةً فَرَدَّهَا عَلَى المَالِك**) فَإِمَّا أَنْ يَرُدَّهَا (قَبْل الارْتِفَاعِ إِلى الحَاكِم) أَوْ بَعْدَهُ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّل لَمْ يُقْطَعْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُقْطَعُ اعْتِبَارًا بِمَا إِذَا رَدَّهُ بَعْدَ المُرَافَعَة) بِجَامِعِ أَنَّ القَطْعَ حَقُّ الله فَلا يُحْتَاجُ فِيه إِلى الخُصُومَة فَكَانَ مَا قَبْل الارْتِفَاع وَمَا بَعْدَهُ سَوَاءً (وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَة أَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ لِظُهُور السَّرِقَة لأَنَّ البَيِّنَةَ إِنَّمَا جُعِلتْ حُجَّةً ضَرُورَةَ قَطْعِ المُنَازَعَة) يَعْنِي أَنَّ السَّرِقَةَ تَظْهَرُ بِالبَيِّنَة وَالبَيِّنَةُ حُجَّةُ ضَرُورَة قَطْعِ الخُصُومَة وَقَطْعُ الخُصُومَة بِدُونِهَا غَيْرُ مُتَصَوَّر، فَثَبَتَ أَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ لِظُهُورِ السَّرِقَة (وَالخُصُومَةُ قَدْ انْقَطَعَتْ) بِالرَّدِّ إِلى المَالك فَشَرْطُ ظُهُورِ السَّرِقَة قَدْ انْقَطَعَ، وَإِذَا انْقَطَعَ شَرْطُ ظُهُورِهَا انْقَطَعَ ظُهُورُهَا وَلا قَطْعَ بِدُون ظُهُورِهَا، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ قُطِعَ لأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَنْقَطِعْ بَل انْتَهَى بِحُصُول المَقْصُود مِنْهُ وَهُوَ اسْتِرْدَادُ المَال إِلى المَالك، وَالشَّيْءُ يَتَقَرَّرُ بِانْتِهَائِه لا أَنَّهُ يَبْطُلُ كَالنِّكَاح يَتَقَرَّرُ بِالمَوْت لا أَنَّهُ يَبْطُلُ، لكِنَّهَا أَعْنِي الخُصُومَةَ تُجْعَلُ بَاقِيَةً تَقْدِيرًا لاسْتِيفَاءِ القَطْع، وَالرَّدُّ إِلى ابْنِ المَسْرُوق مِنْهُ وَإِلى أَخِيه وَعَمِّه وَخَاله وَهُمْ فِي عِيَاله وَكَذَا إِلى امْرَأَته أَوْ أَجِيره مُشَاهَرَةً أَوْ عَبْده، وَكَذَا الرَّدُّ إِلى أَبِيه أَوْ أُمِّه أَوْ جَدِّه سَوَاءٌ كَانُوا فِي عِيَاله أَوْ لَمْ يَكُونُوا كَالرَّدِّ إِلى نَفْسه اسْتِحْسَانًا.

(وَإِذَا قُضِيَ عَلَى رَجُلٍ بِالقَطعِ فِي سَرِقَةٍ فَوُهِبَت لهُ لم يُقطَع) مَعنَاهُ إِذَا سُلِّمَت إِليهِ (وَكَذَلكَ إِذَا بَاعَهَا المَالكُ إِيَّاهُ) وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يُقطَعُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَن أَبِي

يُوسُفَ، لأنَّ السَّرِقَةَ قَد تَمَّت انعِقَادًا وَظُهُورًا، وَبِهَذَا العَارِضِ لم يَتَبَيَّن قِيَامُ المِلكِ وَقتَ السَّرِقَةِ فَلا شُبهَةَ. وَلنَا أَنَّ الإِمضَاءَ مِن القَضَاءِ فِي هَذَا البَابِ لوُقُوعِ الاستِغنَاءِ عَنهُ بِالاستِيفَاءِ، إذ القَضَاءُ للإِظهَارِ وَالقَطعُ حَقُّ اللهِ تَعَالى وَهُوَ ظَاهِرٌ عِندَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ يُشتَرَطُ قِيَامُ الخُصُومَةِ عِندَ الاستِيفَاءِ وَصَارَ كَمَا إِذَا مَلكَهَا مِنهُ قَبلَ القَضَاءِ.

الشرح:

(وَإِذَا قَضَى عَلى رَجُلٍ بِالقَطْعِ فِي سَرِقَةٍ فَوَهَبَهُ المَالكُ) وَسَلمَهُ إيَّاهُ (أَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ لمْ يُقْطَعْ) وَإِنَّمَا فَسَّرَ المُصَنِّفُ كَلامَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ بِقَوْلهِ مَعْنَاهُ إِذَا سُلمَتْ لأَنَّ الهِبَةَ إِذَا لمْ تَتَّصِل بِالتَّسْليمِ وَالقَبْضِ لا تُثْبِتُ المِلكَ (وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يُقْطَعُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، قَالُوا: لأَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ تَمَّتْ انْعِقَادًا) بِأَخْذِ مَال الغَيْرِ عَلى وَجْهِ الخُفْيَةِ مِنْ حِرْزٍ لا شُبْهَةَ فِيهِ إِذْ وَضْعُ المَسْأَلةِ فِي ذَلكَ.

(وَظُهُورًا) لأَنَّ الفَرْضَ أَنَّهُ قَضَى عَليْهِ بِالقَطْعِ وَلا يَكُونُ ذَلكَ إلا بَعْدَ ظُهُورِهَا (وَبِهَذَا العَارِضِ) يَعْنِي ثُبُوتَ المِلكِ للسَّارِقِ بِسَبَبِ الهِبَةِ أَوْ البَيْعِ (لمْ يَتَبَيَّنْ قِيَامُ المِلكِ وَقْتَ السَّرِقَةِ) لأَنَّ ثُبُوتَ المِلكِ بِهِمَا إِنَّمَا يَكُونُ عَلى وَجْهِ الاقْتِصَارِ عَلى وَقْتِ ثُبُوتِ الهِبَةِ وَالبَيْعِ، وَهَذَا احْتِرَازٌ عَمَّا إِذَا أَقَرَّ بِهِ المَسْرُوقُ مِنْهُ للسَّارِقِ، فَإِنَّ الإِقْرَارَ يَظْهَرُ مَا كَانَ ثَابِتًا للمُقِرِّ لهُ مِنْ المِلكِ، فَيَلزَمُ مِنْهُ ثُبُوتُ المِلكِ للسَّارِقِ وَقْتَ وُجُودِ السَّرِقَةِ فَيَكُونُ شُبْهَةً.

(وَلنَا أَنَّ الإِمْضَاءَ مِنْ القَضَاءِ) يَعْنِي أَنَّ اسْتِيفَاءَ الحَدِّ مِنْ تَتِمَّةِ قَوْل القَاضِي حَكَمْت أَوْ قَضَيْت بِالقَطْعِ أَوْ بِالرَّجْمِ أَوْ بِالحَدِّ (فِي هَذَا البَابِ) يَعْنِي بَابَ الحُدُودِ (لوُقُوعِ الاسْتِغْنَاءِ عَنْهُ) أَيْ عَنْ القَضَاءِ (بِالاسْتِيفَاءِ) يَعْنِي أَنَّ القَضَاءَ فِي هَذَا البَابِ لا يُغْنِي غَنَاءَهُ: أَيْ لا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ إلا بِالاسْتِيفَاءِ (لأَنَّ القَضَاءَ للإِظْهَارِ) وَلا إظْهَارَ هَاهُنَا (لأَنَّ القَطْعَ حَقُّ اللهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ عِنْدَهُ) فَلوْ لمْ يُجْعَل الاسْتِيفَاءُ قَضَاءً فِي هَذَا البَابِ لعَرَى عَنْ الفَائِدَةِ بِالكُليَّةِ وَهُوَ بَاطِلٌ. بِخِلافِ حُقُوقِ العِبَادِ فَإِنَّ القَضَاءَ فِيهَا يُفِيدُ إظْهَارَ الحَقِّ للطَّالبِ عَلى المَطْلُوبِ فَلا حَاجَةَ إلى جَعْل الإِمْضَاءِ مِنْ تَتِمَّةِ القَضَاءِ، وَهَذَا فِقْهُ تَفْوِيضِ اسْتِيفَاءِ الحُدُودِ إلى الأَئِمَّةِ دُونَ سَائِرِ الحُقُوقِ (وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ) أَيْ إذَا كَانَ الإِمْضَاءُ مِنْ القَضَاءِ (يُشْتَرَطُ قِيَامُ الخُصُومَةِ عِنْدَ الاسْتِيفَاءِ) كَمَا يُشْتَرَطُ وَقْتَ ابْتِدَاءِ القَاضِي القَضَاءَ وَقَدْ انْتَفَى ذَلكَ بِالبَيْعِ وَالهِبَةِ وَهَذَا لأَنَّ مَا يَكُونُ شَرْطًا لوُجُوبِ القَضَاءِ يُرَاعَى

وُجُودُهُ إلى وَقْتِ الاسْتِيفَاءِ لأَنَّ المُعْتَرِضَ قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ كَالمُقْتَرِنِ بأَصْلِ السَّبَبِ بدَلِيل العَمَى وَالخَرَسِ وَالرِّدَّةِ وَالفِسْقِ فِي الشُّهُودِ، فَإِنَّ الحُدُودَ لا تُسْتَوْفَى إذَا كَانَتْ الشُّهُودُ عَلى هَذِهِ الأَوْصَافِ وَقْتَ الاسْتِيفَاءِ بالإِجْمَاعِ ذَكَرَهُ فِي الأَسْرَارِ.

(وَقَوْلُهُ وَصَارَ كَمَا إذَا مَلَكَهَا قَبْلَ القَضَاءِ) يَعْنِي صَارَ الملكُ الحَادِثُ بَعْدَ القَضَاءِ قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ كَالملكِ الحَادِثِ قَبْلَ القَضَاءِ، لأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْضِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَقْضِ. وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: جَعَلتُمْ الخُصُومَةَ بَاقِيَةً تَقْدِيرًا فِي صُورَةِ رَدِّ المَسْرُوقِ بَعْدَ المُرَافَعَةِ قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ وَلَمْ يَكُنْ الاسْتِيفَاءُ ثَمَّةَ مِنْ القَضَاءِ حَتَّى أَوْجَبْتُمْ القَطْعَ، وَهَاهُنَا جَعَلتُمْ الاسْتِيفَاءَ مِنْ القَضَاءِ فِي بَابِ الحَدِّ وَجَعَلتُمْ البَيْعَ وَالهِبَةَ دَافِعًا لوُجُوبِ الحَدِّ وَمَا ذَلكَ إلا تَنَاقُضٌ صِرْفٌ. وَالجَوَابُ أَنَّ الاسْتِيفَاءَ مِنْ القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ مُطْلَقًا، لكِنْ فِي صُورَةِ الرَّدِّ لَمْ يَحْصُل بالرَّدِّ سَرَى الوَاجِبُ عَليْهِ بالأَخْذِ، وَهَاهُنَا حَدَثَ بَيْنَهُمَا تَصَرُّفٌ مَوْضُوعٌ لإِفَادَةِ الملكِ وَكَانَ شُبْهَةً فِي دَرْءِ الحَدِّ.

قَال (وَكَذَا إذَا نَقَصَت قِيمَتُهَا مِن النِّصَابِ) يَعنِي قَبلَ الاستِيفَاءِ بَعدَ القَضَاءِ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُقطَعُ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ اعتِبَارًا بِالنُّقصَانِ فِي العَينِ. وَلنَا أَنَّ كَمَال النِّصَابِ لَمَّا كَانَ شَرطًا يُشتَرَطُ قِيَامُهُ عِندَ الإِمضَاءِ لمَا ذَكَرنَا، بِخِلافِ النُّقصَانِ فِي العَينِ لأَنَّهُ مَضمُونٌ عَليهِ فَكَمُل النِّصَابُ عَينًا وَدَينًا، كَمَا إذَا اُستُهلكَ كُلُّهُ، أَمَّا نُقصَانُ السِّعرِ فَغَيرُ مَضمُونٍ فَافتَرَقَا.

الشرح:

(وَكَذَلكَ إذَا نَقَصَتْ قِيمَتُهَا مِنْ النِّصَابِ) هَذَا مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلهِ فَوَهَبْت لهُ. وَقَوْلُهُ (يَعْنِي قَبْل الاسْتِيفَاءِ بَعْدَ القَضَاءِ) بَيَانٌ لذَلكَ لأَنَّ الكَلامَ فِي المَعْطُوفِ عَليْهِ كَانَ عَلى ذَلكَ التَّقْدِيرِ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بالنُّقْصَانِ فِي العَيْنِ) يَعْنِي بأَنْ هَلكَ دِرْهَمٌ مِنْ العَشَرَةِ أَوْ اسْتَهْلكَهُ، وَهَذَا بنَاءٌ عَلى أَنَّ **المُعْتَبَرَ فِي قِيمَةِ المَسْرُوقِ أَنْ يَكُونَ يَوْمَ السَّرِقَةِ وَيَوْمَ القَطْعِ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ**، فَإِنْ نَقَصَ عَنْ ذَلكَ قَبْل القَطْعِ فِي العَيْنِ لَمْ يَمْنَعْ عَنْ الاسْتِيفَاءِ بالاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ النُّقْصَانُ لتَرَاجُعِ السِّعْرِ فَكَذَلكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ اعْتِبَارًا بالأَوَّلِ بجَامِعِ وُجُودِ سَرِقَةِ النِّصَابِ فِيهِمَا. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ (أَنَّ كَمَال النِّصَابِ لَمَّا كَانَ شَرْطًا) فِي الابْتِدَاءِ (يُشْتَرَطُ قِيَامُهُ عِنْدَ الإِمْضَاءِ لمَا ذَكَرْنَا) أَنَّ الإِمْضَاءَ مِنْ القَضَاءِ،

وَالفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ النُّقْصَانِ فِي العَيْنِ (أَنَّ النُّقْصَانَ فِي العَيْنِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى السَّارِقِ وَالضَّمَانُ قَائِمٌ مَقَامَ المَضْمُونِ فَكَانَ النِّصَابُ كَامِلا عَيْنًا وَقْتَ الأَخْذِ وَدَيْنًا وَقْتَ الاسْتِيفَاءِ (كَمَا إِذَا اسْتَهْلَكَ كُلَّهُ، أَمَّا نُقْصَانُ السِّعْرِ فَغَيْرُ مَضْمُونٍ) فَكَانَ النِّصَابُ نَاقِصًا عِنْدَ القَطْعِ فَصَارَ شُبْهَةً (فَافْتَرَقَا).

(وَإِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ العَيْنَ المَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ القَطْعُ عَنْهُ وَإِن لَم يُقِم بَيِّنَةً) مَعنَاهُ بَعدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَسقُطُ بِمُجَرَّدِ الدَّعوَى لأَنَّهُ لا يَعجِزُ عَنهُ سَارِقٌ فَيُؤَدِّي إلى سَدِّ بَابِ الحَدِّ. وَلَنَا أَنَّ الشُّبهَةَ دَارِئَةٌ وَتَتَحَقَّقُ بِمُجَرَّدِ الدَّعوَى للاحتِمَالِ، وَلا مُعتَبَرَ بِمَا قَال بِدَلِيل صِحَّةِ الرُّجُوعِ بَعدَ الإِقرَارِ

الشرح:

(وَإِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ العَيْنَ المَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ القَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمْ البَيِّنَةَ) وَفَسَّرَهُ المُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (مَعْنَاهُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ) وَإِنَّمَا فَسَّرَهُ بِذَلِكَ احْتِرَازًا عَمَّا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ بَعْدَ الإِقْرَارِ بِالسَّرِقَةِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ القَطْعُ بِالاتِّفَاقِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَسْقُطُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لإِفْضَائِهِ إِلَى سَدِّ بَابِ الحَدِّ حَيْثُ لا يَعْجِزُ سَارِقٌ عَنْ ذَلِكَ. وَلَنَا أَنَّ الشُّبْهَةَ دَارِئَةٌ وَ) الشُّبْهَةُ (تَتَحَقَّقُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى) لاحْتِمَالِ الصِّدْقِ (وَلا مُعْتَبَرَ بِمَا قَالَ) إِنَّهُ لا يَعْجِزُ عَنْهُ سَارِقٌ (بِدَلِيلِ أَنَّ الرُّجُوعَ عَنْ **الإِقْرَارِ بِالسَّرِقَةِ** صَحِيحٌ) وَمَا مِنْ مُقِرٍّ إِلا وَيَتَمَكَّنُ مِنْ الرُّجُوعِ، وَكَانَ ذَلِكَ مُعْتَبَرًا فِي إِيرَاثِ الشُّبْهَةِ فَكَذَا هَذَا، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ الإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ وَالبَيِّنَةَ حُجَّةٌ كَامِلَةٌ لِمَا عُرِفَ، وَلا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ مُورِثُ الشُّبْهَةِ فِي الحُجَّةِ القَاصِرَةِ مُورِثًا لَهَا فِي الكَامِلَةِ. وَالجَوَابُ أَنَّ الكَمَالَ وَالقُصُورَ إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى التَّعَدِّي إِلَى الغَيْرِ وَعَدَمِهِ وَلَيْسَ كَلامُنَا فِيهِ، وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى المُقِرِّ فَهُمَا سَوَاءٌ.

(وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلانِ بِسَرِقَةٍ ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا هُوَ مَالِي لَم يُقطَعَا) لأَنَّ الرُّجُوعَ عَامِلٌ فِي حَقِّ الرَّاجِعِ وَمُورِثٌ لِلشُّبهَةِ فِي حَقِّ الآخَرِ، لأَنَّ السَّرِقَةَ تَثبُتُ بِإِقرَارِهِمَا عَلَى الشَّرِكَةِ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا أَقَرَّ **الرَّجُلانِ بِسَرِقَةٍ**) مَبْنَاهُ عَلَى صِحَّةِ الرُّجُوعِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الرُّجُوعَ عَامِلٌ فِي حَقِّ الرَّاجِعِ) يَعْنِي لِعَدَمِ المُكَذِّبِ (وَمُورِثٌ لِلشُّبْهَةِ فِي حَقِّ الآخَرِ لأَنَّ السَّرِقَةَ

تَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِمَا عَلَى الشَّرِكَةِ) فَيَكُونُ فِعْلا وَاحِدًا.

(فَإِن سَرَقَا ثُمَّ غَابَ أَحَدُهُمَا وَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ عَلَى سَرِقَتِهِمَا قُطِعَ الآخَرُ فِي قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ الآخَرِ وَهُوَ قَولُهُمَا) وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلا: لا يُقطَعُ، لأَنَّهُ لو حَضَرَ رُبَّمَا يَدَّعِي الشُّبهَةَ. وَجهُ قَولِهِ الآخَرِ أَنَّ الغَيبَةَ تَمنَعُ ثُبُوتَ السَّرِقَةِ عَلَى الغَائِبِ فَيَبقَى مَعدُومًا وَالمَعدُومُ لا يُورِثُ الشُّبهَةَ وَلا مُعتَبَرَ بِتَوَهُّمِ حُدُوثِ الشُّبهَةِ عَلَى مَا مَرَّ

الشرح:

(قَوْلُهُ لأَنَّهُ لوْ حَضَرَ رُبَّمَا يَدَّعِي الشُّبْهَةَ) يَعْنِي وَهِيَ دَارِئَةٌ للحَدِّ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ الحَاضِرِ، فَلوْ قَطَعْنَا الحَاضِرَ قَطَعْنَاهُ مَعَ الشُّبْهَةِ وَهُوَ لا يَجُوزُ (وَجْهُ القَوْلِ الآخَرِ أَنَّ **الغَيْبَةَ تَمْنَعُ ثُبُوتَ السَّرِقَةِ عَلى الغَائِبِ**) لأَنَّ القَضَاءَ عَلى الغَائِبِ لا يَجُوزُ، وَلأَنَّ الغَائِبَ فِي هَذِهِ الشَّهَادَةِ كَأَنَّهُ مَعْدُومٌ (وَالمَعْدُومُ لا يُورِثُ الشُّبْهَةَ) فِي حَقِّ المَوْجُودِ وَهَذَا لأَنَّ الشُّبْهَةَ هِيَ المُحَقَّقَةُ المَوْجُودَةُ لا المَوْهُومَةُ (عَلى مَا مَرَّ) يُرِيدُ قَوْلهُ وَلا مُعْتَبَرَ بِشُبْهَةٍ مَوْهُومَةِ الاعْتِرَاضِ.

(وَإِذَا أَقَرَّ العَبدُ المَحجُورُ عَلَيهِ بِسَرِقَةِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ بِعَينِهَا فَإِنَّهُ يُقطَعُ وَتُرَدُّ السَّرِقَةُ إلى المَسرُوقِ مِنهُ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ يُقطَعُ وَالعَشَرَةُ للمَولى. وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يُقطَعُ وَالعَشَرَةُ للمَولى وَهُوَ قَولُ زُفَرَ. وَمَعنَاهُ إذَا كَذَّبَهُ المَولى (وَلو أَقَرَّ بِسَرِقَةِ مَالٍ مُستَهلكٍ قُطِعَت يَدُهُ وَلو كَانَ العَبدُ مَأذُونًا لهُ يُقطَعُ فِي الوَجهَينِ).

وَقَال زُفَرُ: لا يُقطَعُ فِي الوُجُوهِ كُلهَا لأَنَّ الأَصل عِندَهُ أَنَّ إقرَارَ العَبدِ عَلى نَفسِهِ بِالحُدُودِ وَالقِصَاصِ لا يَصِحُ لأَنَّهُ يَرِدُ عَلى نَفسِهِ وَطَرَفِهِ وَكُلُّ ذَلكَ مَالُ المَولى، وَالإِقرَارُ عَلى الغَيرِ غَيرُ مَقبُولٍ إلا أَنَّ المَأذُونَ لهُ يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ وَالمَال لصِحَّةِ إقرَارِهِ بِهِ لكَونِهِ مُسَلطًا عَليهِ مِن جِهَتِهِ. وَالمَحجُورُ عَليهِ لا يَصِحُّ إقرَارُهُ بِالمَال أَيضًا، وَنَحنُ نَقُولُ يَصِحُّ إقرَارُهُ مِن حَيثُ إنَّهُ آدَمِيٌّ ثُمَّ يَتَعَدَّى إلى المَاليَّةِ فَيَصِحُّ مِن حَيثُ إنَّهُ مَالٌ، وَلأَنَّهُ لا تُهمَةَ فِي هَذَا الإِقرَارِ لمَا يَشتَمِلُ عَليهِ مِن الأَضرَارِ، وَمِثلُهُ مَقبُولٌ عَلى الغَيرِ. لمُحَمَّدٍ فِي المَحجُورِ عَليهِ أَنَّ إقرَارَهُ بِالمَال بَاطِلٌ، وَلهَذَا لا يَصِحُّ مِنهُ الإِقرَارُ بِالغَصبِ فَيَبقَى مَالُ المَولى، وَلا قَطعَ عَلى العَبدِ فِي سَرِقَةِ مَال المَولى.

يُؤَيِّدُهُ أَنَّ المَال أَصلٌ فِيهَا وَالقَطعُ تَابِعٌ حَتَّى تُسمَعَ الخُصُومَةُ فِيهِ بِدُونِ القَطعِ وَيَثبُتَ المَالُ دُونَهُ، وَفِي عَكسِهِ لا تُسمَعُ وَلا يَثبُتُ، وَإِذَا بَطَل فِيمَا هُوَ الأَصلُ بَطَل فِي التَّبَعِ، بِخِلافِ المَأذُونِ لأَنَّ إِقرَارَهُ بِالمَال الذِي فِي يَدِهِ صَحِيحٌ فَيَصِحُّ فِي حَقِّ القَطعِ تَبَعًا. وَلأَبِي يُوسُف أَنَّهُ أَقَرَّ بِشَيئَينِ: بِالقَطعِ وَهُوَ عَلى نَفسِهِ فَيَصِحُّ عَلى مَا ذَكَرنَاهُ. وَبِالمَال وَهُوَ عَلى المَولى فَلا يَصِحُّ فِي حَقِّهِ فِيهِ، وَالقَطعُ يُستَحَقُّ بِدُونِهِ؛ كَمَا إِذَا قَال الحُرُّ الثَّوبُ الذِي فِي يَدِ زَيدٍ سَرَقته مِن عَمرٍو وَزَيدٌ يَقُولُ هُوَ ثَوبِي يُقطَعُ يَدُ المُقِرِّ وَإِن كَانَ لا يُصَدَّقُ فِي تَعيِينِ الثَّوبِ حَتَّى لا يُؤخَذَ مِن زَيدٍ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الإِقرَارَ بِالقَطعِ قَد صَحَّ مِنهُ لِمَا بَيَّنَّا فَيَصِحُّ بِالمَال بِنَاءً عَلَيهِ لأَنَّ الإِقرَارَ يُلاقِي حَالةَ البَقَاءِ، وَالمَالُ فِي حَالةِ البَقَاءِ تَابِعٌ لِلقَطعِ حَتَّى تَسقُطَ عِصمَةُ المَال بِاعتِبَارِهِ وَيُستَوفَى القَطعُ بَعدَ استِهلاكِهِ. بِخِلافِ مَسأَلةِ الحُرِّ لأَنَّ القَطعَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالسَّرِقَةِ مِن المُودَعِ. أَمَّا لا يَجِبُ بِسَرِقَةِ العَبدِ مَال المَولى فَافتَرَقَا وَلو صَدَّقَهُ المَولى يُقطَعُ فِي الفُصُول كُلِّهَا لِزَوَال المَانِعِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ المَحْجُورُ عَليْه بِسَرِقَة مَال) إذَا أَقَرَّ العَبْدُ بِسَرِقَة، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا لهُ أَوْ مَحْجُورًا عَليْه، وَكُلٌّ مِنْهُمَا عَلى وَجْهَيْنِ: إمَّا أَنْ يَكُونَ المَالُ قَائِمًا بِعَيْنِه أَوْ مُسْتَهْلكًا، وَكُلٌّ مِنْ ذَلكَ عَلى وَجْهَيْنِ: إمَّا أَنْ كَذَّبَهُ المَوْلى أَوْ صَدَّقَهُ، فَإِنْ صَدَّقَهُ يُقْطَعُ فِي الفُصُول كُلِّهَا لِوُجُود المُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ المَانِعِ، وَإِنْ كَذَّبَهُ وَهُوَ مَأْذُونٌ لهُ قُطِعَتْ يَدُهُ عِنْدَ العُلمَاءِ الثَّلاثَةِ سَوَاءٌ كَانَ الإِقْرَارُ بِمَالٍ قَائِمٍ أَوْ مُسْتَهْلكٍ، وَيُرَدُّ القَائِمُ عَلى المَسْرُوق منْهُ.

وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَليْه، فَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ مُسْتَهْلكٍ قُطِعَتْ يَدُهُ عِنْدَ الثَّلاثَة، وَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ قَائِمٍ بِعَيْنِه فِي يَده قَال أَبُو حَنِيفَةَ: تُقْطَعُ يَدُهُ وَيُرَدُّ المَالُ إلى المَسْرُوق منْهُ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: تُقْطَعُ يَدُهُ وَالمَالُ للمَوْلى، وَقَال مُحَمَّدٌ: لا تُقْطَعُ يَدُهُ وَالمَالُ للمَوْلى. حُكِيَ عَنْ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ قَال: سَمِعْت أُسْتَاذِي ابْنَ أَبِي عِمْرَانَ يَقُولُ: الأَقَاوِيلُ الثَّلاثَةُ كُلُّهَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. فَقَوْلُهُ الأَوَّلُ أَخَذَ به مُحَمَّدٌ ثُمَّ رَجَعَ وَقَال كَمَا قَال أَبُو يُوسُفَ، فَأَخَذَ به أَبُو يُوسُفَ ثُمَّ رَجَعَ إلى القَوْل الثَّالث وَاسْتَقَرَّ عَليْه. وَأَصْلُ ذَلكَ أَنَّ القَطْعَ أَصْلٌ أَوْ المَال قَال أَبُو حَنِيفَةَ: القَطْعُ أَصْلٌ وَالمَالُ تَابِعٌ بِدَليل أَنَّهُ يَبْطُلُ بِالتَّقَادُمِ، وَبِدَليل أَنَّهُ لوْ قَال أَبْغِي

المَال وَلا أَبْغِي القَطْعَ لَمْ يَسْقُطْ القَطْعُ.

وَقَال أَبُو يُوسُفَ: كُلٌّ مِنْهُمَا أَصْلٌ، أَمَّا أَصَالةُ القَطْعِ فِيمَا قَالُوا فِي **الحُرِّ إِذَا أَقَرَّ وَقَال سَرَقْت هَذَا المَال مِنْ زَيْدٍ وَهُوَ فِي يَدِ عَمْرٍو وَكَذَّبَهُ عَمْرٌو**، وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ القَطْعِ دُونَ المَال، وَأَمَّا أَصَالةُ المَال فَلأَنَّهُ إِذَا **سَرَقَ مَا دُونَ العَشَرَةِ** لا يُقْطَعُ وَالخُصُومَةُ شَرْطٌ، وَلوْلا أَنَّ المَال أَصْلٌ لوَجَبَ القَطْعُ بِدُونِهَا لأَنَّهُ مَحْضُ حَقِّ اللهِ تَعَالى وَهُوَ يُسْتَوْفَى بِلا طَلَبٍ. وَقَال مُحَمَّدٌ: المَالُ أَصْلٌ وَالقَطْعُ تَبَعٌ، وَوَجْهُهُ وَجْهُ أَبِي يُوسُفَ فِي أَصَالةِ المَال وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ظَهَرَ مَا فِي الكِتَابِ سِوَى أَلفَاظٍ نُبَيِّنُهَا، فَقَوْلُهُ (فِي الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ المَالُ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَوْ مُسْتَهْلكًا.

وَقَوْلُهُ (فِي الوُجُوهِ كُلهَا) أَيْ فِيمَا إِذَا كَانَ العَبْدُ مَحْجُورًا عَليْهِ أَوْ مَأْذُونًا لهُ، وَفِيمَا إِذَا كَانَ المَالُ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَوْ مُسْتَهْلكًا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يَرُدُّ عَلى نَفْسِهِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا أَقَرَّ بِقَتْل الغَيْرِ عَمْدًا (أَوْ طَرَفِهِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا أَقَرَّ بِالسَّرِقَةِ. وَقَوْلُهُ (يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ) يَعْنِي فِي المُسْتَهْلكِ. وَقَوْلُهُ (وَالمَالُ) يَعْنِي إِذَا كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ.

وَقَوْلُهُ (مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ) يُشِيرُ إِلى أَنَّ وُجُوبَ الحَدِّ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ آدَمِيٌّ مُخَاطَبٌ لا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ مَالٌ مَمْلُوكٌ، وَالعَبْدُ فِي ذَلكَ كَالحُرِّ فَإِقْرَارُهُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلى اسْتِحْقَاقِ الحُرِّ كَإِقْرَارِ الحُرِّ، وَلهَذَا لا يَمْلكُ المَوْلى الإِقْرَارَ عَليْهِ بِذَلكَ، وَمَا لا يَمْلكُ المَوْلى الإِقْرَارَ بِهِ عَلى عَبْدِهِ فَالعَبْدُ فِيهِ يَنْزِلُ مَنْزِلةَ الحُرِّ كَالطَّلاقِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلى المَاليَّةِ فَيَصِحُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ) يَعْنِي لمَا صَحَّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ يَصِحُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ أَيْضًا بِالسِّرَايَةِ إِليْهَا لأَنَّ آدَمِيَّتَهُ لا تَنْفَكُّ عَنْ مَاليَّتِهِ. وَقَوْلُهُ (لمَا يَشْتَمِلُ عَليْهِ) أَيْ عَلى العَبْدِ (مِنْ الأَضْرَارِ) لأَنَّ مَا يَلحَقُهُ مِنْ الضَّرَرِ بِاسْتِيفَاءِ العُقُوبَةِ مِنْهُ فَوْقَ مَا يَلحَقُ المَوْلى (وَمِثْلُهُ مَقْبُولٌ عَلى الغَيْرِ) أَيْ وَمِثْلُ مَا كَانَ ضَرَرُ الإِقْرَارِ فِيهِ سَارِيًا إِلى المُقِرِّ وَإِلى الغَيْرِ يُسْمَعُ عَلى الغَيْرِ أَيْضًا بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لانْعِدَامِ تُهْمَةِ الكَذِبِ فِي ذَلكَ الإِقْرَارِ، كَمَا إِذَا **شَهِدَ الوَاحِدُ عِنْدَ الإِمَامِ بِرُؤْيَةِ هِلالِ رَمَضَانَ وَفِي السَّمَاءِ عِلةٌ** يَقْبَلُ الإِمَامُ شَهَادَتَهُ وَإِنْ لمْ يَقْبَلهَا فِي سَائِرِ المَوَاضِعِ لعَدَمِ التُّهْمَةِ حَيْثُ يَلزَمُهُ الصَّوْمُ كَمَا يَلزَمُ غَيْرَهُ، وَكَذَلكَ **الحُرُّ المَدْيُونُ المُفْلسُ إِذَا أَقَرَّ بِالقَتْل العَمْدِ** فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهُ بِالإِجْمَاعِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ دُيُونِ الغُرَمَاءِ.

وَقَوْلُهُ (وَلا قَطْعَ عَلى العَبْدِ فِي سَرِقَتِه) أَيْ فِي سَرِقَةِ مَالِ مَوْلاهُ. وَقَوْلُهُ (يُؤَيِّدُهُ أَنَّ المَالَ أَصْلٌ فِيهَا) إِشَارَةٌ إِلى مَا مَهَّدْنَا مِنَ الأَصْلِ. وَقَوْلُهُ (حَتَّى تُسْمَعَ فِيهِ الخُصُومَةُ بِدُونِ القَطْعِ) مِثْل أَنْ يَقُولَ أَطْلُبُ مِنْهُ المَالَ دُونَ القَطْعِ وَيَثْبُتُ المَالُ دُونَهُ كَمَا إِذَا **شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ أَقَرَّ بِالسَّرِقَةِ ثُمَّ رَجَعَ** فَإِنَّهُ يَضْمَنُ المَالَ وَلا يُقْطَعُ (وَفِي عَكْسِهِ) بِأَنْ قَالَ أَطْلُبُ القَطْعَ دُونَ المَالِ (لا تُسْمَعُ) الخُصُومَةُ (وَلا يَثْبُتُ) القَطْعُ دُونَ المَالِ.

وَقَوْلُهُ (فَلا يَصِحُّ فِي حَقِّهِ فِيهِ) أَيْ فَلا يَصِحُّ إِقْرَارُ العَبْدِ فِي حَقِّ المَوْلى فِي المَالِ. وَقَوْلُهُ (وَالقَطْعُ يُسْتَحَقُّ بِدُونِه) أَيْ بِدُونِ المَالِ لأَنَّ أَحَدَ الحُكْمَيْنِ يَنْفَصِلُ عَنِ الآخَرِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ قَدْ يَثْبُتُ المَالُ دُونَ القَطْعِ كَمَا إِذَا شَهِدَ بِهِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، وَكَذَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ القَطْعُ دُونَ المَالِ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِسَرِقَةِ مَالٍ مُسْتَهْلَكٍ. قَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِه وَنَحْنُ نَقُولُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ. وَقَوْلُهُ (فَيَصِحُّ بِالمَالِ بِنَاءً عَلَيْهِ) أَيْ لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ بِالقَطْعِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ آدَمِيٌّ مُكَلَّفٌ صَحَّ إِقْرَارُهُ بِالمَالِ أَنَّهُ لِغَيْرِ المَوْلى بِنَاءً عَلى صِحَّةِ إِقْرَارِهِ بِالقَطْعِ لِمَا مَهَّدْنَاهُ مِنْ أَصْلِه. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الإِقْرَارَ يُلاقِي حَالَةَ البَقَاءِ) يُرِيدُ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالشَّيْءِ إِظْهَارُ أَمْرٍ قَدْ كَانَ فَلا بُدَّ مِنْ وُجُودِ المُخْبَرِ بِهِ سَابِقًا عَلى الإِخْبَارِ.

وَقَوْلُهُ (حَتَّى تَسْقُطَ) بِالرَّفْعِ لأَنَّ حَتَّى بِمَعْنَى الفَاءِ. قَوْلُهُ (بِاعْتِبَارِهِ) أَيْ بِاعْتِبَارِ القَطْعِ لِمَا يَجِيءُ مِنْ أَصْلِنَا أَنَّ القَطْعَ لا يَجْتَمِعُ مَعَ الضَّمَانِ، ثُمَّ سُقُوطُ العِصْمَةِ وَالتَّقَوُّمِ فِي حَقِّ السَّارِقِ يَدُلُّ عَلى أَنَّ المَالَ تَابِعٌ، لأَنَّهُ لَوْ كَانَ أَصْلًا لَمَا تَغَيَّرَ حَالُهُ مِنَ التَّقَوُّمِ إِلى غَيْرِهِ لأَنَّ مَقْصُودِيَّتَهُ إِنَّمَا تَكُونُ بِالتَّقَوُّمِ، وَكَذَلِكَ اسْتِيفَاءُ القَطْعِ بَعْدَ اسْتِهْلاكِ المَالِ يَدُلُّ عَلى ذَلِكَ، إِذْ لا وُجُودَ لِلتَّابِعِ مَعَ عَدَمِ وُجُودِ الأَصْلِ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَسْأَلَةِ الحُرِّ) جَوَابٌ عَمَّا اسْتَشْهَدَ بِهِ أَبُو يُوسُفَ بِقَوْلِه إِذَا قَالَ الحُرُّ الثَّوْبُ الَّذِي فِي يَدِ زَيْدٍ إِلخْ. وَبَيَانُهُ أَنَّ الحُرَّ لَمَّا لَمْ يَسْمَعْ قَوْلُهُ سَرَقْتُه مِنْ عَمْرٍو فِي حَقِّ الرَّدِّ إِلى عَمْرٍو لا يَلْزَمُهُ عَدَمُ القَطْعِ، بَلْ يُقْطَعُ لأَنَّهُ يَجْعَلُ المُقَرَّ لَهُ وَهُوَ عَمْرٌو بِمَنْزِلَةِ المُودِعِ فَلا يُوجِبُ رَدَّ المَالِ إِلَيْهِ لِمَا مَرَّ أَنَّ **السَّارِقَ إِذَا سَرَقَ المَالَ مِنْ المُودِعِ** يُقْطَعُ بِخُصُومَتِه وَإِنْ لَمْ يَرُدَّ إِلَيْهِ المَالَ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَلَوْ لَمْ يَرُدَّ المَالَ إِلى المَسْرُوقِ مِنْهُ لَزِمَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ المَالُ مَالَ المَوْلى. فَحِينَئِذٍ لا يَجِبُ القَطْعُ لأَنَّ العَبْدَ إِذَا سَرَقَ مَالَ المَوْلى لا تُقْطَعُ يَدُهُ. ثُمَّ اتَّفَقَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ عَلى قَطْعِ يَدِ العَبْدِ، فَقَدْ جَعَلاهُ سَارِقًا مَالَ غَيْرِ المَوْلى فَيَرُدُّ إِلى الَّذِي أَقَرَّ

بِالسَّرِقَة مِنْهُ. (قَوْلُهُ وَلَوْ صَدَّقَهُ المَوْلى) قَدَّمْنَاهُ فِي أَوَّل البَحْث.

قَال (وَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالعَينُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ رُدَّت عَلى صَاحِبِهَا) لبَقَائِهَا عَلى مِلكِهِ (وَإِن كَانَت مُستَهلكَةً لم يَضمَن) وَهَذَا الإِطلاقُ يَشمَلُ الهَلاكَ وَالاستِهلاك، وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَن أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ المَشهُورُ. وَرَوَى الحَسَنُ عَنهُ أَنَّهُ يَضمَنُ بِالاستِهلاكِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَضمَنُ فِيهِمَا لأَنَّهُمَا حَقَّانِ قَد اختَلَفَ سَبَبَاهُمَا فَلا يَمتَنِعَانِ فَالقَطعُ حَقُّ الشَّرعِ وَسَبَبُهُ تَركُ الانتِهَاءِ عَمَّا نَهَى عَنهُ. وَالضَّمَانُ حَقُّ العَبدِ وَسَبَبُهُ أَخذُ المَال فَصَارَ كَاستِهلاكِ صَيدٍ مَملُوكٍ فِي الحَرَمِ أَو شُربِ خَمرٍ مَملُوكَةٍ لذِمِّيٍّ. وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا غُرمَ عَلى السَّارِقِ بَعدَمَا قُطِعَت يَمِينُهُ»[1] وَلأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ يُنَافِي القَطعَ لأَنَّهُ يَتَملَّكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُستَنِدًا إلى وَقتِ الأَخذِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَرَدَ عَلى مِلكِهِ فَيَنتَفِي القَطعُ للشُّبهَةِ وَمَا يُؤَدِّي إلى انتِفَائِهِ فَهُوَ المُنتَفِي، وَلأَنَّ المَحَل لا يَبقَى مَعصُومًا حَقًّا للعَبدِ، إذ لو بَقِيَ لكَانَ مُبَاحًا فِي نَفسِهِ فَيَنتَفِي القَطعُ للشُّبهَةِ فَيَصِيرُ مُحَرَّمًا حَقًّا للشَّرعِ كَالمَيتَةِ وَلا ضَمَانَ فِيهِ إلا أَنَّ العِصمَةَ لا يَظهَرُ سُقُوطُهَا فِي حَقِّ الاستِهلاكِ لأَنَّهُ فِعلٌ آخَرُ غَيرُ السَّرِقَةِ وَلا ضَرُورَةَ فِي حَقِّهِ، وَكَذَا الشُّبهَةُ تُعتَبَرُ فِيمَا هُوَ السَّبَبُ دُونَ غَيرِهِ. وَوَجهُ المَشهُورِ أَنَّ الاستِهلاكَ إتمَامُ المَقصُودِ فَتُعتَبَرُ الشُّبهَةُ فِيهِ، وَكَذَا يَظهَرُ سُقُوطُ العِصمَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ لأَنَّهُ مِن ضَرُورَاتِ سُقُوطِهَا فِي حَقِّ الهَلاكِ لانتِفَاءِ المُمَاثَلةِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا **قُطِعَ السَّارِقُ وَالعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِه**) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (كَاسْتِهْلاك صَيْد مَمْلُوكٍ فِي الحَرَم) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إنَّهُ تَجبُ قِيمَتُهُ للمَالك وَقِيمَةٌ أُخْرَى جَزَاءَ ارْتكَاب المَحْظُورِ لله تَعَالى. وَقَوْلُهُ (أَوْ شُرْب الخَمْرِ للذِّمِّيِّ) يَعْنِي عَلى أَصْلكُمْ، فَإِنَّ ضَمَانَ الخَمْرِ بِالاسْتِهْلاك لا يَجبُ عِنْدَهُ وَإِنْ كَانَ للذِّمِّيِّ (وَلنَا مَا رَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْف عَنْ رَسُول الله ﷺ: «**لا غُرْمَ عَلى السَّارِق بَعْدَمَا قُطعَتْ يَمِينُهُ**») لا يُقَالُ: هَذَا الحَديثُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ العَيْنَ إذَا كَانَتْ قَائِمَةً لا تُرَدُّ إلى صَاحِبهَا لأَنَّ ذَلكَ لا يُسَمَّى غُرْمًا.

وَقَوْلُهُ (وَمَا يُؤَدِّي إلى انْتفَائه) إنَّمَا كَانَ مَا يُؤَدِّي إلى انْتفَائه هُوَ المُنْتَفِي لكَوْنه ثَابِتًا بِالإِجْمَاعِ. وَقَوْلُهُ (إذْ لوْ بَقِيَ) يَعْنِي مَعْصُومًا حَقًّا للعَبْدِ (لكَانَ مُبَاحًا فِي نَفْسه)

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٧٦): غريب بهذا اللفظ.

لأَنَّهُ عَرَفَ بِالاسْتِقْرَاءِ أَنَّ مَا هُوَ حَرَامٌ فِي حَقِّ العَبْدِ فَهُوَ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ وَكَانَ المَالُ لِلسَّارِقِ حَرَامًا مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ (فَيَنْتَفِي القَطْعُ لِلشُّبْهَةِ) إِذْ الشُّبْهَةُ هُوَ أَنْ تَكُونَ الحُرْمَةُ ثَابِتَةً مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَحِينَئِذٍ يُدْرَأُ بِالحَدِيثِ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ مَعْصُومًا حَقًّا لِلعَبْدِ يَصِيرُ مُحَرَّمًا (حَقًّا لِلشَّرْعِ كَالمَيْتَةِ وَلا ضَمَانَ فِيهِ) وَهَذَا مَعْنَى مَا ذُكِرَ فِي المَبْسُوطِ إِذَا صَارَتْ المَالِيَّةُ لله تَعَالَى فِي هَذَا المَحَلِ لَمْ يَبْقَ لِلعَبْدِ فَالتُحقَ فِي حَقِّ العَبْدِ بِمَا لا قِيمَةَ لَهُ، وَلَكِنْ هَذَا لا يَتَقَرَّرُ إِلا بِاسْتِيفَاءِ القَطْعِ لا مَا يَجِبُ لله تَعَالَى، فَتَمَامُهُ بِالاسْتِيفَاءِ، فَكَانَ حُكْمُ الأَخْذِ مُرَاعًى إِنْ اسْتَوْفَى بِهِ القَطْعَ يَتَبَيَّنُ بِهِ أَنَّ حُرْمَةَ المَحَلِ فِي ذَلِكَ الفِعْلِ كَانَتْ لله تَعَالَى فَلا يَجِبُ ضَمَانُ العَبْدِ، وَإِنْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ تَبَيَّنَ أَنَّ حُرْمَةَ المَالِيَّةِ وَالتَّقَوُّمِ كَانَ لِلعَبْدِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ.

وَقَوْلُهُ (إِلا أَنَّ العِصْمَةَ) جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْدِيرُهُ العِصْمَةُ لَمَّا انْتَقَلَتْ لله تَعَالَى وَصَارَ المَالُ المَسْرُوقُ كَالمَيْتَةِ وَالخَمْرِ وَجَبَ أَنْ لا يَجِبَ الضَّمَانُ عِنْدَ الاسْتِهْلاكِ. وَقَدْ رَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وُجُوبَ الضَّمَانِ فِيهِ، وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ أَنَّ سُقُوطَ العِصْمَةِ إِنَّمَا كَانَ ضَرُورَةَ تَحَقُّقِ القَطْعِ، وَمَا ثَبَتَ بِالضَّرُورَةِ يَقْتَصِرُ عَلَى مَحَلِهَا فَلا يَتَعَدَّى إِلَى فِعْلٍ آخَرَ هُوَ الاسْتِهْلاكُ لأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ فِي حَقِّهِ لأَنَّهُ لَيْسَ القَطْعَ وَلا مِنْ لَوَازِمِهِ (وَكَذَا الشُّبْهَةُ) وَهُوَ كَوْنُهُ حَرَامًا لِغَيْرِهِ (تُعْتَبَرُ فِيمَا هُوَ السَّبَبُ) وَهُوَ السَّرِقَةُ لأَنَّ اعْتِبَارَ الشُّبْهَةِ إِنَّمَا يَكُونُ بِجَعْلِ السَّبَبِ فِي المُوجِبِ لِلحَدِّ غَيْرَ مُوجِبٍ احْتِيَالا لِلدَّرْءِ وَالاسْتِهْلاكُ لَيْسَ بِسَبَبٍ فَلا تُعْتَبَرُ فِيهِ الشُّبْهَةُ (وَوَجْهُ المَشْهُورِ) وَهُوَ عَدَمُ وُجُوبِ الضَّمَانِ فِي الاسْتِهْلاكِ كَمَا فِي الهَلاكِ (أَنَّ الاسْتِهْلاكَ إِتْمَامُ المَقْصُودِ) بِالسَّبَبِ وَهُوَ السَّرِقَةُ لأَنَّهُ إِنَّمَا سَرَقَ لِيَصْرِفَهُ إِلَى بَعْضِ حَوَائِجِهِ فَكَانَ تَتِمَّةً لِلسَّبَبِ لا أَنَّهُ فِعْلٌ آخَرُ (فَتُعْتَبَرُ الشُّبْهَةُ فِيهِ) لإِسْقَاطِ الضَّمَانِ كَاعْتِبَارِهَا فِي نَفْسِ السَّبَبِ. وَقَوْلُهُ (وَكَذَا يَظْهَرُ سُقُوطُ العِصْمَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ لأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ سُقُوطِهَا فِي حَقِّ الهَلاكِ لانْتِفَاءِ المُمَاثَلَةِ) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: أَيْ لأَنَّ سُقُوطَ العِصْمَةِ فِي فَصْلِ الاسْتِهْلاكِ مِنْ ضَرُورَةِ سُقُوطِ العِصْمَةِ فِي فَصْلِ الهَلاكِ.

وَأَقُولُ: مَعْنَاهُ سُقُوطُ العِصْمَةِ فِي الاسْتِهْلاكِ لازِمٌ مِنْ لَوَازِمِ سُقُوطِهَا فِي الهَلاكِ وَالمَلْزُومُ ثَابِتٌ فَاللازِمُ كَذَلِكَ، وَبَيَانُ المُلازَمَةِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ كَانَتْ العِصْمَةُ بَاقِيَةً فِي الاسْتِهْلاكِ مُوجِبَةً وَذَلِكَ غَيْرُ صَحِيحٍ؛ لأَنَّ الضَّمَانَ يَسْتَوْجِبُ المُمَاثَلَةَ بَيْنَ المَضْمُونِ

وَالمَضْمُون به بالنَّصِّ، وَهِيَ مُنْتَفِيَةٌ لأَنَّ المَضْمُونَ به مَالٌ مَعْصُومٌ فِي الهَلاك وَالاسْتِهْلاك، حَتَّى لوْ غَصَبَهُ أَحَدٌ ضَمِنَهُ هَلكَ عِنْدَهُ أَوْ اسْتَهْلكَ، وَالمَضْمُونُ وَهُوَ المَسْرُوقُ مَعْصُومٌ فِي الاسْتِهْلاكِ عَلى ذَلكَ التَّقْديرِ دُونَ الهَلاك، وَلا مُمَاثَلةَ بَيْنَ المَعْصُومِ فِي الحَالتَيْنِ وَالمَعْصُومِ فِي حَالةٍ وَاحِدَةٍ. وَمِنْ الشَّارِحِينَ مَنْ قَال لأَنَّهُ أَيْ لأَنَّ سُقُوطَ الضَّمَانِ مِنْ ضَرُورَاتِ سُقُوطِ العِصْمَةِ: يَعْنِي أَنَّهُ يَلزَمُ مِنْ سُقُوط العِصْمَة سُقُوطُ الضَّمَان.

وَهَذَا لأَنَّ ضَمَانَ العُدْوَانِ مَبْنِيٌّ عَلى المُمَاثَلة بِقَوْله تَعَالى: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٤] وَلا مُمَاثَلةَ بَيْنَ المَسْرُوقِ وَضَمَانِه فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ لأَنَّ المَسْرُوقَ سَاقِطُ العِصْمَة حَرَامٌ لِعَيْنِه حَقًّا للشَّرْعِ غَيْرَ مُنْتَفَعٍ بِهِ كَالدَّمِ وَالمَيْتَة. وَالَذي يُؤْخَذُ مِنَ السَّارِقِ مَالٌ مَعْصُومٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ لَيْسَ بِحَرَامٍ لِعَيْنِه فَلا يَجِبُ الضَّمَانُ لانْتِفَاءِ المُعَادَلة، وَكَلامُ المُصَنِّفِ لا يُسَاعِدُهُ فَتَأَمَّل.

قَال (وَمَن سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَقُطِعَ فِي إِحدَاهَا فَهُوَ لجَمِيعِهَا، وَلا يَضمَنُ شَيئًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالا: يَضمَنُ كُلهَا إلا التِي قُطِعَ لهَا) وَمَعنَى المَسأَلةِ إِذَا حَضَرَ أَحَدُهُم، فَإِن حَضَرُوا جَمِيعًا وَقُطِعَت يَدُهُ لخُصُومَتِهِم لا يَضمَنُ شَيئًا بِالاتِّفَاقِ فِي السَّرِقَاتِ كُلهَا. لهُمَا أَنَّ الحَاضِرَ ليسَ بِنَائِبٍ عَن الغَائِبِ. وَلا بُدَّ مِن الخُصُومَةِ لتَظهَرَ السَّرِقَةُ فَلم تَظهَر السَّرِقَةُ مِن الغَائِبَينِ فَلم يَقَع القَطعُ لهَا فَبَقِيَت أَموَالُهُم مَعصُومَةً. وَلهُ أَنَّ الوَاجِبَ بِالكُل قَطعٌ وَاحِدٌ حَقًّا للهِ تَعَالى لأَنَّ مَبنَى الحُدُودِ عَلى التَّدَاخُل وَالخُصُومَةُ شَرطٌ للظُّهُورِ عِندَ القَاضِي، فَإِذَا استَوفَى فَالمُستَوفَى كُلُّ الوَاجِبِ؛ أَلا يَرَى أَنَّهُ يَرجِعُ نَفعُهُ إلى الكُل فَيَقَعُ عَن الكُل، وَعَلى هَذَا الخِلافِ إِذَا كَانَت النُّصُبُ كُلُّهَا لوَاحِدٍ فَخَاصَمَ فِي البَعضِ، وَاللهُ تَعَالى أَعلمُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَقُطِعَ فِي إِحْدَاهَا فَهُوَ بِجَمِيعِهَا) كَلامُهُ وَاضِحٌ (وَقَوْلُهُ لهُمَا أَنَّ الحَاضِرَ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنْ الغَائِب) تَقْرِيرُهُ الحَاضِرُ لَيْس بِنَائِبٍ عَنْ الغَائِب، وَمَنْ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنْ الغَائِب لَيْسَ لهُ الخُصُومَةُ فِي حَقِّ الغَائِب، وَلا بُدَّ مِنْ الخُصُومَة لأَنَّهَا شَرْطُ ظُهُورِ السَّرِقَة فَلمْ تَظْهَرْ السَّرِقَةُ مِنْ الغَائِبِينَ فَلمْ يَقَعْ القَطْعُ لهَا، وَإِذَا لمْ يَقَعْ القَطْعُ لهَا بَقِيَتْ أَمْوَالُهُمْ مَعْصُومَةً وَالمَالُ المَعْصُومُ مَضْمُونٌ لا مَحَالةَ (وَلهُ أَنَّ الوَاجِبَ بِالكُل)

أَيْ بِكُلِ السَّرِقَاتِ (قَطْعٌ وَاحِدٌ) لأَنَّهُ يَجِبُ (حَقًّا لله) وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَدَاخَلُ وَقَدْ وُجِدَ ذَلِكَ (وَالخُصُومَةُ شَرْطُ الظُّهُورِ عِنْدَ الحَاكِمِ) وَقَدْ وُجِدَ ذَلِكَ أَيْضًا بِالنِّسْبَةِ إِلى الجَمِيعِ لأَنَّ الشَّرْطَ يُرَاعَى وُجُودُهُ لا وُجُودُهُ قَصْدًا (فَإِذَا اسْتَوْفَى) يَعْنِي ذَلِكَ القَطْعَ الوَاحِدَ (فَالمُسْتَوْفَى كُلُّ الوَاجِبِ، أَلا تَرَى أَنَّ نَفْعَهُ) وَهُوَ الانْزِجَارُ يَرْجِعُ إِلى الكُلِ.

فَإِنْ قِيلَ: الحُكْمُ الثَّابِتُ ضِمْنًا لا يَرْبُو عَلى الثَّابِتِ صَرِيحًا، وَالقَطْعُ يَتَضَمَّنُ البَرَاءَةَ عَنْ ضَمَانِ المَسْرُوقِ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ الوَاحِدُ عَنْ ضَمَانِ الكُلِ نَصًّا لَمْ يَبْرَأْ فَكَيْفَ يَبْرَأُ إِذَا ثَبَتَ ضِمْنًا؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا وَلا يَثْبُتُ قَصْدًا كَبَيْعِ الشُّرْبِ وَوَقْفِ المَنْقُولِ، ثُمَّ هَاهُنَا لَمَّا وَقَعَ القَطْعُ فِي حَقِّ الكُلِ بِالإِجْمَاعِ تَبِعَهُ مَا هُوَ الثَّابِتُ فِي ضِمْنِهِ وَهُوَ سُقُوطُ الضَّمَانِ. وَاعْلَمْ أَنَّ وُقُوعَ القَطْعِ بِجَمِيعِ السَّرِقَاتِ بِالإِجْمَاعِ، فَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ **القَطْعَ لا يَجْتَمِعُ مَعَ الضَّمَانِ.** فَالقَوْلُ بِالضَّمَانِ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهَا بَعْدَ ذَلِكَ جَمْعٌ بَيْنَ القَطْعِ وَالضَّمَانِ فَذَلِكَ تَنَاقُضٌ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلى هَذَا الخِلافِ إِذَا كَانَ النُّصُبُ كُلُّهَا لِوَاحِدٍ) يَعْنِي لَوْ سَرَقَ النُّصُبَ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ مِرَارًا فَخَاصَمَ فِي البَعْضِ فَقُطِعَ لأَجْلِ ذَلِكَ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لا يَضْمَنُ النُّصُبَ البَاقِيَةَ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ وَاللهُ أَعْلَمُ

بَابُ مَا يُحدِثُ السَّارِقُ فِي السَّرِقَةِ

(وَمَن سَرَقَ ثَوبًا فَشَقَّهُ فِي الدَّارِ بِنِصفَينِ ثُمَّ أَخرَجَهُ وَهُوَ يُسَاوِي عَشَرَةُ دَرَاهِمَ قُطِعَ) وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُقطَعُ لأَنَّ لَهُ فِيهِ سَبَبَ المِلكِ وَهُوَ الخَرقُ الفَاحِشُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ القِيمَةَ وَتَمَلُّكَ المَضمُونِ وَصَارَ كَالمُشتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ خِيَارٌ لِلبَائِعِ (وَلَهُمَا أَنَّ الأَخذَ وُضِعَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ لا لِلمِلكِ، وَإِنَّمَا المِلكُ يُثبِتُ ضَرُورَةَ أَدَاءِ الضَّمَانِ كَي لا يَجتَمِعَ البَدَلانِ فِي مِلكٍ وَاحِدٍ، وَمِثلُهُ لا يُورِّثُ) الشُّبهَةَ كَنَفسِ الأَخذِ، وَكَمَا إِذَا سَرَقَ البَائِعُ مَعِيبًا بَاعَهُ، بِخِلافِ مَا ذَكَرَ؛ لأَنَّ البَيعَ مَوضُوعٌ لإِفَادَةِ المِلكِ، وَهَذَا الخِلافُ فِيمَا إِذَا اختَارَ تَضمِينَ النُّقصَانِ وَأَخذَ الثَّوبِ، فَإِن اختَارَ تَضمِينَ القِيمَةِ وَتَركَ الثَّوبِ عَلَيهِ لا يُقطَعُ بِالاتِّفَاقِ؛ لأَنَّهُ مَلَكَهُ مُستَنِدًا إِلى وَقتِ الأَخذِ فَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالهِبَةِ فَأَورَثَ شُبهَةً، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ النُّقصَانُ فَاحِشًا، فَإِن كَانَ يَسِيرًا يُقطَعُ بِالاتِّفَاقِ لانعِدَامِ سَبَبِ المِلكِ إِذ لَيسَ لَهُ اختِيَارُ تَضمِينِ كُلِ القِيمَةِ.

الشرح:

(بَابُ مَا يُحْدِثُ السَّارِقُ فِي السَّرِقَةِ): لَمَّا ذَكَرَ أَحْكَامَ السَّرِقَةِ وَكَيْفِيَّةَ القَطْعِ ذَكَرَ فِي هَذَا البَابِ مَا يَسْقُطُ بِهِ القَطْعُ بِسَبَبِ إِحْدَاثِ الصَّنْعَةِ لِلشُّبْهَةِ وَالشُّبْهَةُ أَبَدًا تَتْلُو الثَّابِتَ ذِكْرًا (**وَمَنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَشَقَّهُ فِي الدَّارِ بِنِصْفَيْنِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ وَهُوَ يُسَاوِي**) **بَعْدَ الشَّقِّ** (**عَشَرَةَ دَرَاهِمَ قُطِعَ**) قَيَّدَ بِقَيْدَيْنِ: أَنْ يَكُونَ الشَّقُّ فِي الدَّارِ، وَأَنْ يُسَاوِيَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ بَعْدَ الشَّقِّ فِي الدَّارِ، لِأَنَّهُ إِذَا أَخْرَجَهُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ وَهُوَ يُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ شَقَّهُ وَنَقَصَتْ قِيمَتُهُ بِالشَّقِّ مِنْ العَشَرَةِ فَإِنَّهُ يُقْطَعُ قَوْلًا وَاحِدًا؛ وَلِأَنَّهُ إِذَا شَقَّ فِي الدَّارِ وَنَقَصَتْ قِيمَتُهُ عَنْ العَشَرَةِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ لَمْ يُقْطَعْ لِأَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ تَمَّتْ عَلَى النِّصَابِ الكَامِلِ فِي الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ لَهُ فِي شُبْهَةِ المِلْكِ وَهُوَ الخَرْقُ الفَاحِشُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ القِيمَةَ وَتَمَلُّكَ المَضْمُونِ) وَلِهَذَا قُلْنَا المَالِكُ بَعْدَ الشَّقِّ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ مَلَكَهُ الثَّوْبَ بِالضَّمَانِ لِانْعِقَادِ سَبَبِ المِلْكِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْعَقِدْ لَمَا وَجَبَ التَّمْلِيكُ بِكُرْهٍ مِنْ السَّارِقِ.

(**وَصَارَ كَالمُشْتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ خِيَارٌ لِلبَائِعِ**) **ثُمَّ فَسَخَ البَائِعُ البَيْعَ** فَإِنَّهُ لَا يُقْطَعُ هُنَاكَ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ تَمَّتْ عَلَى عَيْنٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ لِلسَّارِقِ لَكِنْ وَرَدَ عَلَيْهِ سَبَبُ المِلْكِ وَلَهُمَا أَنَّ الأَخْذَ) أَيْ هَذَا الأَخْذَ الَّذِي فِيهِ خَرْقٌ فَاحِشٌ، وَاللَّامُ لِلعَهْدِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ وَمِثْلُهُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ كَنَفْسِ الأَخْذِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا لَا نُسَلِّمُ أَنَّ لَهُ فِيهِ سَبَبَ المِلْكِ لِأَنَّ الأَخْذَ المَعْهُودَ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لَهُ، وَإِنَّمَا هُوَ مَوْضُوعٌ سَبَبًا لِلضَّمَانِ فَكَانَ لَهُ سَبَبُ الضَّمَانِ لَا سَبَبُ المِلْكِ.

(وَإِنَّمَا المِلْكُ يُثْبِتُ لَهُ ضَرُورَةَ أَدَاءِ الضَّمَانِ كَيْ لَا يَجْتَمِعَ البَدَلَانِ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ وَمِثْلُهُ) أَيْ وَمِثْلُ هَذَا الأَخْذِ الَّذِي هُوَ سَبَبُ الضَّمَانِ (لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لِلمِلْكِ (كَنَفْسِ الأَخْذِ) فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَصِيرَ سَبَبًا بَعْدَ الضَّمَانِ وَمَعَ هَذَا فَلَمْ تُعْتَبَرْ شُبْهَةً (وَكَمَا إِذَا **سَرَقَ البَائِعُ مَعِيبًا بَاعَهُ**) **وَلَمْ يَعْلَمْ المُشْتَرِي بِالعَيْبِ** فَإِنَّهُ يُقْطَعُ وَإِنْ انْعَقَدَ سَبَبُ الرَّدِّ وَهُوَ العَيْبُ، وَكَذَلِكَ هَاهُنَا يُقْطَعُ وَإِنْ انْعَقَدَ سَبَبُ الضَّمَانِ وَهُوَ الشَّقُّ (بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ) أَيْ أَبُو يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُهُ كَالمُشْتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ الخِيَارُ لِلبَائِعِ لِأَنَّ سَبَبَ المِلْكِ مَوْجُودٌ فِيهِ (إِذْ البَيْعُ مَوْضُوعٌ لِإِفَادَةِ المِلْكِ، وَهَذَا الخِلَافُ فِيمَا

إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ النُّقْصَانِ وَأَخَذَ الثَّوْبَ) لا يُقَالُ: الأَصْلُ عِنْدَكُمْ أَنَّ القَطْعَ وَالضَّمَانَ لا يَجْتَمِعَانِ؛ فَإِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ النُّقْصَانِ كَيْفَ يَتَمَكَّنُ مِنْ القَطْعِ لأَنَّ ضَمَانَ النُّقْصَانِ وَجَبَ بِجِنَايَةٍ أُخْرَى قَبْلَ الإِخْرَاجِ وَهِيَ مَا فَاتَ مِنْ العَيْنِ وَالقَطْعِ بِإِخْرَاجِ البَاقِي كَمَا لوْ **أَخَذَ ثَوْبَيْنِ، فَأَحْرَقَ أَحَدَهُمَا فِي البَيْتِ وَأَخْرَجَ الآخَرَ وَقِيمَتُهُ نِصَابٌ.**

وَأَوْرَدَ عَلَى هَذَا الجَوَابِ الاسْتِهْلاكَ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَإِنَّهُ فِعْلٌ غَيْرُ السَّرِقَةِ مَعَ أَنَّهُ لا يَجِبُ الضَّمَانُ. وَعَنْ هَذَا ذَهَبَ بَعْضُهُمْ إلى أَنَّهُ إِنْ اخْتَارَ القَطْعَ لا يَضْمَنُ النُّقْصَانَ. وَالجَوَابُ أَنَّ القَطْعَ للبَاقِي بَعْدَ الحَرْقِ وَلَيْسَ فِيهِ ضَمَانٌ، بخلاف المُسْتَهْلك فَإِنَّ القَطْعَ كَانَ لأَجْلِه لا لشَيْءٍ آخَرَ (فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ قِيمَةِ الثَّوْبِ كُلِّهَا وَتَرَكَ الثَّوْبَ عَلَيْهِ لا يُقْطَعُ بالاتِّفَاقِ؛ لأَنَّهُ مَلكَهُ مُسْتَنِدًا إلى وَقْتِ الأَخْذِ فَصَارَ كَمَا إذَا مَلكَهُ بالهِبَةِ) فَإِنَّهُ إذَا **وَهَبَ لَهُ بَعْدَ تَمَامِ السَّرِقَة** يَسْقُطُ القَطْعُ فلأَنْ لا يَجبَ إذَا مَلكَهُ قَبْلَ تَمَامِ السَّرِقَة أَوْلَى (وَهَذَا كُلُّهُ) أَيْ هَذَا الخِلافُ مَعَ هَذِه التَّفْصِيلاتِ (إذَا كَانَ النُّقْصَانُ فَاحِشًا) وَهُوَ الذي يَفُوتُ بِه بَعْضُ العَيْنِ وَبَعْضُ المَنْفَعَة (فَإِنْ كَانَ يَسيرًا) وَهُوَ مَا يَفُوتُ بِه بَعْضُ المَنْفَعَة فِي الصَّحِيحِ عَلَى مَا سَيَجِيءُ تَمَامُ الكَلامِ فِي تَفْسِيرِ الفَاحِشِ وَاليَسيرِ فِي كِتَابِ الغَصْبِ (يُقْطَعُ بالاتِّفَاقِ لانْعِدَامِ سَبَبِ الملكِ إذْ لَيْسَ لهُ اخْتِيَارُ تَضْمِينِ كُلِ القِيمَة)

(وَإِن سَرَقَ شَاةً فَذَبَحَهَا ثُمَّ أَخرجَهَا لم يُقطَع) لأنَّ السَّرِقَةَ تَمَّت عَلى اللحمِ وَلا قَطعَ فِيهِ

الشرح:

قَوْلُهُ وَإِنْ **سَرَقَ شَاةً فَذَبَحَهَا**) ظَاهِرٌ.

(وَمَن سَرَقَ ذَهَبًا أَو فِضَّةً يَجِبُ فِيهِ القَطعُ فَصَنَعَهُ دَرَاهِمَ أَو دَنَانِيرَ قُطِعَ فِيهِ وَتَركَ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ إلى المَسرُوقِ مِنهُ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: لا سَبِيل للمَسرُوقِ مِنهُ عَليهِمَا) وَأَصلُهُ فِي الغَصبِ فَهَذِهِ صَنعَةٌ مُتَقَوِّمَةٌ عِندَهُمَا خِلافًا لهُ، ثُمَّ وُجُوبُ الحَدِّ لا يُشكِلُ عَلى قَولِهِ لأَنَّهُ لم يَملكهُ، وَقِيل عَلى قَولِهِمَا لا يَجِبُ لأَنَّهُ مَلكَهُ قَبل القَطعِ، وَقِيل يَجِبُ؛ لأَنَّهُ صَارَ بِالصَّنعَةِ شَيئًا آخَرَ فَلم يَملك عَينَهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ سَرَقَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً يَجِبُ فِيه القَطْعُ) أَيْ يُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ

(**فَصَنَعَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ** قُطِعَ فِيه) وَهُوَ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَأَصْلُهُ فِي الغَصْبِ) يُرِيدُ أَنَّ مَا يَقْطَعُ حَقَّ المَغْصُوبِ مِنْهُ عَنِ المَغْصُوبِ مِنَ الصَّنْعَةِ يَقْطَعُ حَقَّ المَسْرُوقِ مِنْهُ مِنَ المَسْرُوقِ، وَهَذِهِ الصَّنْعَةُ تَقْطَعُهُ (عِنْدَهُمَا خِلافًا لَهُ) لَهُمَا أَنَّ هَذِهِ الصَّنْعَةَ تُبَدِّلُ العَيْنَ اسْمًا وَحُكْمًا وَمَقْصُودًا، وَكُلُّ مَا كَانَ كَذَلِكَ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ المَالِكِ، كَمَا إِذَا كَانَ المَغْصُوبُ صُفْرًا فَضَرَبَهُ قُمْقُمَةً أَوْ حَدِيدًا فَجَعَلَهُ ذِرَاعًا فَإِنَّهُ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ المَالِكِ. وَلَهُ أَنَّ عَيْنَ المَسْرُوقِ بَاقٍ وَالصَّنْعَةُ الحَادِثَةُ وَالاسْمُ الحَادِثُ لَيْسَا بِلازِمَيْنِ، فَإِنَّ إِعَادَتَهَا إِلَى الحَالَةِ الأُولَى مُمْكِنَةٌ، وَالصَّنْعَةُ هَاهُنَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ حَتَّى لَوْ كَسَرَ إِبْرِيقَ فِضَّةٍ لَمْ يَكُنْ لِلمَالِكِ أَخْذُهُ وَتَضْمِينُ الصَّنْعَةِ وَالعَيْنُ المَسْرُوقَةُ مُتَقَوِّمَةٌ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ اعْتِبَارُ البَاقِي المُتَقَوِّمِ أَوْلَى مِنَ الزَّائِلِ الغَيْرِ المُتَقَوِّمِ (قَوْلُهُ فَلَمْ يَمْلِكْ عَيْنَهُ) أَيْ عَيْنَ المَسْرُوقِ. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ عَيْنَهُمَا أَيْ عَيْنَ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ. وَإِنَّمَا مَلَكَ شَيْئًا غَيْرَهُمَا فَإِنَّ الأَعْيَانَ تَتَبَدَّلُ بِتَبَدُّلِ الصِّفَاتِ أَصْلُهُ حَدِيثُ بَرِيرَةَ.

(فَإِن سَرَقَ ثَوبًا فَصبَغَهُ أَحمَرَ لم يُؤخَذ مِنهُ الثَّوبُ وَلم يَضمَن قِيمَةَ الثَّوبِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: يُؤخَذُ مِنهُ الثَّوبُ وَيُعطَى مَا زَادَ الصَّبغُ فِيهِ) اعتِبَارًا بِالغَصبِ، وَالجَامِعُ بَينَهُمَا كَونُ الثَّوبِ أَصلا قَائِمًا وَكَونُ الصَّبغِ تَابِعًا. وَلَهُمَا أَنَّ الصَّبغَ قَائِمٌ صُورَةً وَمَعنًى، حَتَّى لو أَرَادَ أَخذَهُ مَصبُوغًا يَضمَنُ مَا زَادَ الصَّبغُ فِيه، وَحَقُّ المَالكِ فِي الثَّوبِ قَائِمٌ صُورَةً لا مَعنًى؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ غَيرُ مَضمُونٍ عَلَى السَّارِقِ بِالهَلاكِ فَرَجَّحنَا جَانِبَ السَّارِقِ، بِخِلافِ الغَصبِ، لأَنَّ حَقَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا قَائِمٌ صُورَةً وَمَعنًى فَاستَوَيَا مِن هَذَا الوَجهِ فَرَجَّحنَا جَانِبَ المَالكِ بِمَا ذَكَرنَا (وَإِن صَبَغَهُ أَسوَدَ أُخِذَ مِنهُ فِي المَذهَبَينِ) يَعنِي عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ هَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ لأَنَّ السَّوَادَ زِيَادَةٌ عِندَهُ كَالحُمرَةِ، وَعِندَ مُحَمَّدٍ زِيَادَةٌ أَيضًا كَالحُمرَةِ وَلَكِنَّهُ لا يَقطَعُ حَقَّ المَالكِ، وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ السَّوَادُ نُقصَانٌ فَلا يُوجِبُ انقِطَاعَ حَقِّ المَالكِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ) قَال صَاحِبُ النِّهَايَةِ: صُورَةُ المَسْأَلَةِ **سَرَقَ ثَوْبًا فَقُطِعَ فِيه ثُمَّ صَبَغَهُ أَحْمَرَ** إلخ، فَإِنَّ لَفْظَ رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ. مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي السَّارِقِ يَسْرِقُ الثَّوْبَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ وَقَدْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَحْمَرَ قَال: لَيْسَ

لِصَاحِبِهِ عَلَيْهِ سَبِيلٌ وَلا ضَمَانَ عَلَى السَّارِقِ. وَهَذَا كَمَا تَرَى لَيْسَ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى قَوْلِهِ ثُمَّ صَبَغَهُ لأَنَّ الوَاوَ لِلحَالِ وَهِيَ لا تَدُلُّ عَلَى التَّعْقِيبِ، وَلَكِنْ قَوْلُ المُصَنِّفِ (أَلا تَرَى أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ إِلَى آخِرِهِ) إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا كَانَتْ صُورَةُ المَسْأَلَةِ مَا قَالَ، وَتَحْرِيرُ المَذْهَبَيْنِ وَاعْتِبَارُ مُحَمَّدٍ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا) أَيْ لأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (أَنَّ الصَّبْغَ قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنًى) أَمَّا صُورَةً فَظَاهِرٌ فَإِنَّ الحُمْرَةَ فِيهِ مَحْسُوسَةٌ، وَأَمَّا مَعْنًى فَلأَنَّ المَسْرُوقَ مِنْهُ لَوْ أَخَذَ الثَّوْبَ مَصْبُوغًا ضَمِنَ الصَّبْغَ (وَحَقُّ المَالِكِ فِي الثَّوْبِ قَائِمٌ صُورَةً) لِتَمَكُّنِهِ مِنْ الاسْتِرْدَادِ (لا مَعْنًى) لأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى السَّارِقِ بِالهَلاكِ أَوْ الاسْتِهْلاكِ، فَكَانَ جَانِبُ السَّارِقِ مُرَجَّحًا كَالمَوْهُوبِ لَهُ إِذَا صَبَغَ فَإِنَّ حَقَّ الوَاهِبِ يَنْقَطِعُ عَنْهُ (بِخِلافِ) مَسْأَلَةِ (الغَصْبِ) يَعْنِي الَّتِي اعْتَبَرَ بِهَا صُورَةَ النِّزَاعِ (لأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنًى فَاسْتَوَيَا مِنْ هَذَا الوَجْهِ) يَعْنِي الوُجُودَ (فَرَجَّحْنَا جَانِبَ المَالِكِ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ كَوْنِ الثَّوْبِ أَصْلًا قَائِمًا وَكَوْنِ الصَّبْغِ تَابِعًا) وَإِنْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ أُخِذَ مِنْهُ الثَّوْبُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَلا يُؤْخَذُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لأَنَّ السَّوَادَ زِيَادَةٌ عِنْدَهُ كَالحُمْرَةِ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَإِنَّ السَّوَادَ عِنْدَهُ نُقْصَانٌ فَلَمْ يَكُنْ حَقُّ السَّارِقِ قَائِمًا فِيهِ مَعْنًى (فَلا يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ المَالِكِ) وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَإِنَّ السَّوَادَ وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ أَيْضًا كَالحُمْرَةِ لَكِنْ لا يَقْطَعُ حَقَّ المَالِكِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ قَطْعِ الطَّرِيقِ

قَالَ (وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ مُمْتَنِعِينَ أَوْ وَاحِدٌ يَقْدِرُ عَلَى الامْتِنَاعِ فَقَصَدُوا قَطْعَ الطَّرِيقِ فَأُخِذُوا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذُوا مَالًا وَيَقْتُلُوا نَفْسًا حَبَسَهُمُ الإِمَامُ حَتَّى يُحْدِثُوا تَوْبَةً، وَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، وَالمَأْخُوذُ إِذَا قُسِّمَ عَلَى جَمَاعَتِهِمْ أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا أَوْ مَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ ذَلِكَ قَطَعَ الإِمَامُ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلافٍ، وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا قَتَلَهُمُ الإِمَامُ حَدًّا) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ **[المائدة: ٣٣] الآيَةَ.**

وَالمُرَادُ مِنْهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ التَّوْزِيعُ عَلَى الأَحْوَالِ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: هَذِهِ الثَّلاثَةُ المَذْكُورَةُ، وَالرَّابِعَةُ نَذْكُرُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلأَنَّ الجِنَايَاتِ تَتَفَاوَتُ عَلَى الأَحْوَالِ فَاللائِقُ تَغَلُّظُ

الحُكمِ بِتَغَلُّظِهَا. أَمَّا الحَبسُ فِي الأولى فَلأَنَّهُ المُرَادُ بِالنَّفي المَذكُورِ لأَنَّهُ نَفيٌ عَن وَجهِ الأَرضِ بِدَفعِ شَرِّهِم عَن أَهلِهَا، وَيُعَزَّرُونَ أَيضًا لِمُبَاشَرَتِهِم مُنكَرَ الإِخَافَةِ. وَشَرطُ القُدرَةِ عَلَى الامتِنَاعِ؛ لأَنَّ المُحَارَبَةَ لا تَتَحَقَّقُ إلا بِالمَنَعَةِ. وَالحَالَةُ الثَّانِيَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لِمَا تَلونَاهُ. وَشَرَطُ أَن يَكُونَ المَأخُوذُ مَال مُسلمٍ أَو ذِمِّيٍّ لِتَكُونَ العِصمَةُ مُؤَبَّدَةً، وَلِهَذَا لو قَطَعَ الطَّرِيقَ عَلَى المُستَأمَنِ لا يَجِبُ القَطعُ. وَشَرطُ كَمَال النِّصَابِ فِي حَقِّ كُل وَاحِدٍ كَي لا يُستَبَاحَ طَرَفُهُ إلا بِتَنَاوُلِه مَالهُ خَطَرٌ، وَالمُرَادُ قَطعُ اليَدِ اليُمنَى وَالرِّجل اليُسرَى كَي لا يُؤَدِّيَ إلى تَفوِيتِ جِنسِ المَنفَعَةِ. وَالحَالَةُ الثَّالِثَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لِمَا تَلونَاهُ (وَيُقتَلُونَ حَدًّا، حَتَّى لو عَفَا الأَولِيَاءُ عَنهُم لا يُلتَفَت إلى عَفوِهِم) لأَنَّهُ حَقُّ الشَّرعِ.

(وَ) الرَّابِعَةُ (إِذَا قَتَلُوا وَأَخَذُوا المَال فَالإِمَامُ بِالخِيَارِ إن شَاءَ قَطَعَ أَيدِيَهُم وَأَرجُلَهُم مِن خِلافٍ وَقَتَلَهُم وَصَلَبَهُم، وَإِن شَاءَ قَتَلَهُم، وَإِن شَاءَ صَلَبَهُم. وَقَال مُحَمَّدٌ: يُقتَلُ أَو يُصلبُ وَلا يُقطَعُ) لأَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ فَلا تُوجِبُ حَدَّينِ، وَلأَنَّ مَا دُونَ النَّفسِ يَدخُلُ فِي النَّفسِ فِي بَابِ الحَدِّ كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَالرَّجمِ. وَلَهُمَا أَنَّ هَذِهِ عُقُوبَةٌ وَاحِدَةٌ تَغَلظَت لِتَغَلُّظِ سَبَبِهَا، وَهُوَ تَفوِيتُ الأَمنِ عَلَى التَّنَاهِي بِالقَتل وَأَخذِ المَال، وَلِهَذَا كَانَ قَطعُ اليَدِ وَالرِّجل مَعًا فِي الكُبرَى حَدًّا وَاحِدًا وَإِن كَانَا فِي الصُّغرَى حَدَّينِ، وَالتَّدَاخُلُ فِي الحُدُودِ لا فِي حَدٍّ وَاحِدٍ. ثُمَّ ذَكَرَ فِي الكِتَابِ التَّخيِيرَ بَينَ الصَّلبِ وَتَركِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَترُكُهُ لأَنَّهُ مَنصُوصٌ عَلَيهِ، وَالمَقصُودُ التَّشهِيرُ لِيَعتَبِرَ بِهِ غَيرُهُ. وَنَحنُ نَقُولُ أَصلُ التَّشهِيرِ بِالقَتل وَالمُبَالغَةِ بِالصَّلبِ فَيُخَيَّرُ فِيهِ. ثُمَّ قَال (وَيُصلبُ حَيًّا وَيُبعَجُ بَطنُهُ بِرُمحٍ إلى أَن يَمُوتَ) وَمِثلهُ عَن الكَرخِيِّ. وَعَن الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ يُقتَلُ ثُمَّ يُصلبُ تَوَقِّيًا عَن المُثلَةِ. وَجهُ الأَوَّل وَهُوَ الأَصَحُّ أَنَّ الصَّلبَ عَلَى هَذَا الوَجهِ أَبلَغُ فِي الرَّدعِ وَهُوَ المَقصُودُ بِهِ. قَال (وَلا يُصلبُ أَكثَرَ مِن ثَلاثَةِ أَيَّامٍ) لأَنَّهُ يَتَغَيَّرُ بَعدَهَا فَيَتَأَذَّى النَّاسُ بِهِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُترَكُ عَلَى خَشَبَةٍ حَتَّى يَتَقَطَّعَ فَيَسقُطَ لِيَعتَبِرَ بِهِ غَيرُهُ. قُلنَا: حَصَل الاعتِبَارُ بِمَا ذَكَرنَاهُ وَالنِّهَايَةُ غَيرُ مَطلُوبَةٍ.

الشرح:

(بَابُ قَطعِ الطَّرِيق) اعْلَمْ أَنَّ قَطْعَ الطَّرِيقِ يُسَمَّى سَرِقَةً كُبْرَى، أَمَّا تَسْمِيَتُهَا سَرِقَةً فَلأَنَّ قَاطِعَ الطَّرِيقِ يَأْخُذُ المَال سِرًّا مِمَّنْ إلَيْهِ حِفْظُ الطَّرِيقِ وَهُوَ الإِمَامُ الأَعْظَمُ،

كَمَا أَنَّ السَّارِقَ يَأْخُذُ المَال سِرًّا مِمَّنْ إِلَيْهِ حِفْظُ المَكَان المَأْخُوذ مِنْهُ وَهُوَ المَالِكُ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَأَمَّا تَسْمِيَتُهَا كُبْرَى فَلأَنَّ ضَرَرَ قَطْعِ الطَّرِيقِ عَلى أَصْحَاب الأَمْوَال وَعَلى عَامَّة المُسْلِمِينَ بِانْقِطَاعِ الطَّرِيقِ، وَضَرَرَ السَّرِقَة الصُّغْرَى يَخُصُّ المُلاكَ بِأَخْذ مَالِهِمْ وَهَتْك حِرْزِهِمْ وَلِهَذَا غَلظَ الحَدُّ فِي حَقِّ قُطَّاعِ الطَّرِيقِ، وَإِنَّمَا أَخَّرَهُ عَنْ السَّرِقَة الصُّغْرَى لأَنَّهَا أَكْثَرُ وُجُودًا مِنْهُ. قَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ).

قِيل ذَكَرَ لفْظَ الجَمَاعَة لِيَتَنَاوَل المُسْلِمَ وَالذِّمِّيَّ وَالحَرْبِيَّ وَالحُرَّ وَالعَبْدَ، وَأَرَادَ بِالامْتِنَاعِ أَنْ يَكُونَ قَاطِعُ الطَّرِيقِ بِحَيْثُ يُمْكِنُ لهُ أَنْ يُدَافِعَ تَعَرُّضَ الغَيْرِ عَنْ نَفْسِهِ بِقُوَّتِه وَشَجَاعَتِه، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (قَتلهُمْ حَدًّا) أَيْ لا يَسْقُطُ القَتْلُ بِعَفْوِ الأَوْلِيَاءِ وَيُسَمَّى قُطَّاعُ الطَّرِيقِ مُحَارِبِينَ لأَنَّ المَال فِي البَرَارِيِّ مَحْفُوظٌ بِحِفْظِ اللهِ تَعَالى، فَإِذَا أَخَذُوهُ عَلى سَبِيل المُغَالبَةِ كَانَ فِي صُورَةِ المُحَارِبِ (قَوْلُهُ وَالمُرَادُ مِنْهُ وَاللهُ تَعَالى أَعْلَمُ التَّوْزِيعُ عَلى الأَحْوَال) فِيهِ إِشَارَةٌ إِلى نَفْيِ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ الإِمَامَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ هَذِهِ الأَشْيَاءِ نَظَرًا إِلى ظَاهِرِ كَلِمَةِ أَوْ.

وَقَوْلُهُ (وَهِيَ أَرْبَعَةٌ هَذِهِ الثَّلاثَةُ المَذْكُورَةُ) يَعْنِي قَوْلَهُ فَأُخِذُوا قَبْل أَنْ يَأْخُذُوا مَالا وَيَقْتُلُوا نَفْسًا، وَقَوْلُهُ وَإِنْ أَخَذُوا مَال مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، وَقَوْلُهُ وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالا. وَالرَّابِعَةُ مَا يُذْكَرُ بُعَيْدَ هَذَا مِنْ القَتْل وَأَخْذِ المَال. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الجِنَايَات تَتَفَاوَتُ عَلى الأَحْوَال) أَيْ عَلى حَسَبِ الأَحْوَال الوَاقِعَةِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ (فَاللائِقُ تَغَلُّظُ الحُكْمِ) أَيْ الجَزَاءِ (بِتَغَلُّظ الجِنَايَة) بِتَفَاوُتِ الأَحْوَال لا التَّخْيِيرِ لأَنَّهُ يَسْتَلزِمُ مُقَابَلةَ الجِنَايَةِ الغَلِيظَةِ بِجَزَاءٍ خَفِيفٍ أَوْ بِالعَكْسِ، وَهُوَ خِلافُ مُقْتَضَى الحِكْمَةِ، وَالكَلامُ فِي هَذَا البَحْثِ قَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ مُسْتَوْفًى.

(قَوْلُهُ فَلأَنَّهُ المُرَادُ بِالنَّفْيِ المَذْكُورِ) يَعْنِي عِنْدَنَا، فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ: المُرَادُ بِهِ الطَّلبُ لِيَهْرُبُوا مِنْ كُل مَوْضِعٍ، وَمَا قُلنَاهُ أَوْلى لأَنَّ العُقُوبَةَ بِالحَبْسِ مَشْرُوعَةٌ وَالأَخْذُ بِمَا يُوجَدُ لهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ أَوْلى مِنْ الأَخْذِ بِمَا لا نَظِيرَ لهُ.

(قَوْلُهُ وَشَرْطُ كَمَال النِّصَابِ فِي حَقِّ كُل وَاحِدٍ إلخ) قَال الحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ: الشَّرْطُ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمْ عِشْرِينَ دِرْهَمًا فَصَاعِدًا، لأَنَّ التَّقْدِيرَ بِالعَشَرَةِ فِي مَوْضِعٍ كَانَ المُسْتَحَقُّ بِأَخْذِهَا عُضْوًا وَاحِدًا وَهَا هُنَا المُسْتَحَقُّ عُضْوَان، **وَلا يُقْطَعُ**

عُضْوَانِ فِي السَّرِقَةِ إلا فِي عِشْرِينَ دِرْهَمًا. وَقُلنَا: يُغَلظُ الحَدُّ هَاهُنَا بِاعْتِبَارِ تَغَلُّظِ فِعْلِهِمْ بِاعْتِبَارِ المُحَارَبَةِ وَقَطْعِ الطَّرِيقِ لا بِاعْتِبَارِ كَثْرَةِ المَالِ المَأْخُوذِ، فَفِي النِّصَابِ هَذَا الحَدُّ وَحَدُّ السَّرِقَةِ سَوَاءٌ. وَقَوْلُهُ (كَيْ لا يُؤَدِّيَ إلى تَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ) حَتَّى إذَا كَانَتْ يَدُهُ اليُسْرَى شَلاءَ أَوْ مَقْطُوعَةً لَمْ تُقْطَعْ رِجْلُهُ اليُسْرَى، وَأَمَّا إذَا كَانَتْ يَدُهُ اليُمْنَى مَقْطُوعَةً فَإِنَّهُ تُقْطَعُ رِجْلُهُ اليُسْرَى.

وَقَوْلُهُ (فَالإِمَامُ بِالخِيَارِ) حَاصِلُهُ أَنَّ **الإِمَامَ بِالخِيَارِ فِي جَمْعِ العُقُوبَتَيْنِ بَيْنَ قَطْعِ الأَيْدِي وَالأَرْجُلِ مَعَ القَتْلِ أَوْ الصَّلْبِ وَبَيْنَ القَتْلِ أَوْ الصَّلْبِ** ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ قَطْعِ الأَيْدِي وَالأَرْجُلِ، وَكَذَلِكَ **لِلإِمَامِ الخِيَارُ عِنْدَ اخْتِيَارِ تَرْكِ قَطْعِ الأَيْدِي وَالأَرْجُلِ بَيْنَ القَتْلِ وَالصَّلْبِ**، وَكَانَ الخِيَارُ لِلإِمَامِ فِي مَوْضِعَيْنِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَذَكَرَ فِي الكِتَابِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُقْتَلُ أَوْ يُصْلَبُ وَلا يُقْطَعُ) وَذَكَرَ فِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَهُ (لأَنَّهُ) أَيْ قَطْعَ الطَّرِيقِ (جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ فَلا تُوجِبُ حَدَّيْنِ، وَلأَنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ دَخَلَ فِي النَّفْسِ فِي بَابِ الحَدِّ كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَالرَّجْمِ) فَإِنَّ **السَّارِقَ إذَا زَنَى وَهُوَ مُحْصَنٌ** فَإِنَّهُ يُرْجَمُ لا غَيْرُ لأَنَّ القَتْلَ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ.

قَوْلُهُ (وَلَهُمَا) أَيْ لأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ (وَالتَّدَاخُلُ فِي الحُدُودِ لا فِي حَدٍّ وَاحِدٍ) أَلا تَرَى أَنَّ الجَلَدَاتِ فِي الزِّنَا لا تَتَدَاخَلُ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ حَدًّا وَاحِدًا لَمَا جَازَ لِلإِمَامِ أَنْ يَدَعَ القَطْعَ كَمَا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتْرُكَ بَعْضَ الجَلَدَاتِ. أُجِيبَ بِأَنَّ وِلايَةَ تَرْكِ القَطْعِ لَيْسَ بِطَرِيقِ التَّدَاخُلِ بَل لأَنَّ مُرَاعَاةَ التَّرْتِيبِ لَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ عَلَيْهِ فِي إجْزَاءِ حَدٍّ وَاحِدٍ وَكَانَ لَهُ أَنْ يَبْدَأَ بِالقَتْلِ لِذَلِكَ، ثُمَّ إذَا قَتَلَهُ فَلا فَائِدَةَ فِي اشْتِغَالِهِ بِالقَطْعِ بَعْدَهُ كَمَا إذَا ضَرَبَ **الزَّانِيَ، خَمْسِينَ جَلدَةً فَمَاتَ** فَإِنَّهُ يَتْرُكُ مَا بَقِيَ لأَنَّهُ لا فَائِدَةَ فِي إقَامَتِهِ وَالبَعْجُ الشَّقُّ مِنْ حَدِّ مُنِعَ.

قَوْلُهُ (وَعَنْ الكَرْخِيِّ مِثْلُهُ) أَيْ مِثْلُ مَا نُقِل عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: يُصْلَبُ وَهُوَ حَيٌّ وَيُطْعَنُ بِالرُّمْحِ حَتَّى يَمُوتَ. وَقَوْلُهُ (تَوَقِّيًا عَنْ المُثْلَةِ) لأَنَّهَا مَنْهِيٌّ عَنْهَا «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ المُثْلَةِ وَلَوْ بِالكَلبِ العَقُورِ». وَقَوْلُهُ (بِمَا ذَكَرْنَا) أَيْ بِالصَّلْبِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ.

قَالَ (وَإِذَا قَتَلَ القَاطِعُ فَلا ضَمَانَ عَلَيهِ فِي مَالٍ أَخَذَهُ) اعتِبَارًا بِالسَّرِقَةِ الصُّغرَى وَقَد بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا قَتَل القَاطِعَ فَلا ضَمَانَ عَلَيْه) إِذَا قَتَل قَاطِعَ الطَّرِيقِ فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي مَالٍ أَخَذَهُ كَمَا لوْ سَرَقَ فَقَطَعَ يَدَهُ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

(فَإِن بَاشَرَ القَتل أَحَدُهُم أجرَى الحَدَّ عَليهِم بِأجمَعِهِم) لأَنَّهُ جَزَاءُ المُحَارَبَةِ، وَهِيَ تَتَحَقَّقُ بِأَن يَكُونَ البَعضُ رِدءًا للبَعضِ حَتَّى إِذَا زَلت أَقدَامُهُم انحَازُوا إِليهِم، وَإِنَّمَا الشَّرطُ القَتلُ مِن وَاحِدٍ مِنهُم وَقَد تَحَقَّقَ. قَال (وَالقَتلُ وَإِن كَانَ بِعَصًا أَو بِحَجَرٍ أَو بِسَيفٍ فَهُوَ سَوَاءٌ) لأَنَّهُ يَقَعُ قَطعًا للطَّرِيقِ بِقَطعِ المَارَّةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (انْحَازُوا إِلَيْهِمْ) أَيْ انْضَمُّوا.

(وَإِن لم يَقتُل القَاطِعُ وَلم يَأخُذ مَالا وَقَد جَرَحَ اقتُصَّ مِنهُ فِيمَا فِيهِ القِصَاصُ، وَأُخِذَ الأَرشُ مِنهُ فِيمَا فِيهِ الأَرشُ وَذَلكَ إِلى الأَولِيَاءِ) لأَنَّهُ لا حَدَّ فِي هَذِهِ الجِنَايَةِ فَظَهَرَ حَقُّ العَبدِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ فَيَستَوفِيهِ الوَلِيُّ (وَإِن أَخَذَ مَالا ثُمَّ جَرَحَ قُطِعَت يَدُهُ وَرِجلُهُ وَبَطَلَت الجِرَاحَاتُ) لأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ الحَدُّ حَقًّا للهِ سَقَطَت عِصمَةُ النَّفسِ حَقًّا للعَبدِ كَمَا تَسقُطُ عِصمَةُ المَال (وَإِن أُخِذَ بَعدَ مَا تَابَ وَقَد قَتَل عَمدًا فَإِن شَاءَ الأَولِيَاءُ قَتَلُوهُ وَإِن شَاءُوا عَفَوا عَنهُ) لأَنَّ الحَدَّ فِي هَذِهِ الجِنَايَةِ لا يُقَامُ بَعدَ التَّوبَةِ للاستِثنَاءِ المَذكُورِ فِي النَّصِّ، وَلأَنَّ التَّوبَةَ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ المَال وَلا قَطعَ فِي مِثلِهِ، فَظَهَرَ حَقُّ العَبدِ فِي النَّفسِ وَالمَال حَتَّى يَستَوفِيَ الوَلِيُّ القِصَاصَ أَو يَعفُوَ، وَيَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ أَو استَهلَكَهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْتُل القَاطِعُ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالا وَقَدْ جَرَحَ) جَعَلهُ الإِمَامُ التُّمُرْتَاشِيُّ حَالةً خَامِسَةً مِنْ أَحْوَال قُطَّاعِ الطَّرِيقِ، وَالمُصَنِّفُ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الإِجْمَال بَل قَال هِيَ أَرْبَعَةٌ لأَنَّ مُرَادَ المُصَنِّف الأَحْوَالُ التِي يَدُلُّ عَليْهَا الأَجْزِيَةُ المَذْكُورَةُ فِي النَّصِّ حَدًّا وَهِيَ أَرْبَعَةٌ كَمَا ذَكَرَهُ. قَوْلُهُ (سَقَطَتْ عِصْمَةُ النَّفْسِ حَقًّا للعَبْد كَمَا تَسْقُطُ عِصْمَةُ المَال) بِنَاءً عَلى أَنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ يَجْرِي مَجْرَى الأَمْوَال فَكَانَ سُقُوطُ العِصْمَةِ فِي حَقِّ المَال سُقُوطَ العِصْمَةِ فِي حَقِّ الجُرْحِ لأَنَّ مُوجِبَ الأَرْشِ هُوَ المَالُ؛ لأَنَّهُ لوْ لَمْ يَسْقُطْ لصَارَتْ شُبْهَةً فِي وُجُوبِ القَطْعِ؛ إِذْ الجِنَايَةُ وَاحِدَةٌ وَهِيَ قَطْعُ الطَّرِيقِ، فَإِذَا ظَهَرَ حَقُّ العَبْد عُلمَ

أَنَّ حَقَّ الله لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِيهِ وَقَدْ ظَهَرَ حَقُّ الله حَيْثُ وَجَبَ القَطْعُ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ شَاءَ الأَوْلِيَاءُ قَتَلُوهُ) يَعْنِي قِصَاصًا.

وَقَوْلُهُ (لِلاسْتِثْنَاءِ المَذْكُورِ فِي النَّصِّ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ ﴾ [المائدة: ٣٤] الآيَةَ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ قَوْلَهُ: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ ﴾ هَاهُنَا نَظِيرُهُ: ﴿ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ ﴾ [النور:٤، ٥] قِيلَ: هُوَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: ﴿ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ إِذْ كُلٌّ مِنْهُمَا جُمْلَتَانِ كَامِلَتَانِ عُطِفَتَا عَلَى جُمْلَتَيْنِ كَامِلَتَيْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ ﴿ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ [النور: ٤] لا يَصْلُحُ جَزَاءً، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ، بِخِلافِ قَوْلِهِ: ﴿ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ وَاعْتُرِضَ أَيْضًا بِأَنَّ التَّوْبَةَ مُتَوَقِّفَةٌ عَلَى أَدَاءِ المَالِ أَوَّلا، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لا يَسْتَقِيمُ التَّعْلِيلُ بِقَوْلِهِ وَلأَنَّ التَّوْبَةَ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ المَالِ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ كَانَ الوَجْهُ الثَّانِي دَاخِلا فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ فَلا يَكُونُ عِلَّةً مُسْتَقِلَّةً، إِذْ لا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ الوَاحِدُ جُزْءَ عِلَّةٍ وَعِلَّةً مُسْتَقِلَّةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى حُكْمٍ وَاحِدٍ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ بَعْضَ المَشَايِخِ ذَهَبُوا إِلَى أَنَّ الحَدَّ يَسْقُطُ بِنَفْسِ التَّوْبَةِ وَهِيَ الإِقْلاعُ فِي الحَالِ وَالاجْتِنَابُ فِي المَآلِ وَالنَّدَمُ عَلَى مَا مَضَى وَالعَزْمُ عَلَى أَنْ لا يَعُودَ إِلَيْهِ أَبَدًا، وَلَمْ يَجْعَلُوا التَّوْبَةَ بِهَذَا المَعْنَى مَوْقُوفَةً عَلَى رَدِّ المَالِ. وَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ الحَدَّ لا يَسْقُطُ مَا لَمْ يَرُدَّ المَالَ فَجَعَلُوا الرَّدَّ مِنْ تَمَامِهَا، فَالْمُصَنِّفُ جَمَعَ بَيْنَ قَوْلَيْ المَشَايِخِ مِنْ هَذَا الطَّرِيقِ، ذَكَرَ الاخْتِلافَ الإِمَامُ المُحَقِّقُ فَخْرُ الإِسْلامِ فِي مَبْسُوطِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلا قَطْعَ فِي مِثْلِهِ) أَيْ فِي مِثْلِ مَا إِذَا رَدَّ المَالَ إِلَى المَالِكِ لأَنَّ الخُصُومَةَ تَنْقَطِعُ بِرَدِّ المَالِ إِلَيْهِ وَهِيَ شَرْطٌ لِوُجُوبِ القَطْعِ.

وَقَوْلُهُ (فَظَهَرَ حَقُّ العَبْدِ) يَعْنِي لَمَّا انْتَفَى حَقُّ الشَّرْعِ وَهُوَ القَطْعُ بِانْتِفَاءِ شَرْطِهِ وَهُوَ الخُصُومَةُ بِرَدِّ المَالِ (ظَهَرَ حَقُّ العَبْدِ فِي النَّفْسِ وَالمَالِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الوَلِيُّ القِصَاصَ أَوْ يَعْفُوَ) وَقَوْلُهُ (وَيَجِبُ الضَّمَانُ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ وَلِيُّ القِصَاصِ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ وُجُودَ الضَّمَانِ لِسُقُوطِ الحَدِّ وَسُقُوطُ الحَدِّ بِالتَّوْبَةِ وَالتَّوْبَةُ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ المَالِ عِنْدَ بَعْضِ المَشَايِخِ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ الهَلاكُ أَوْ الاسْتِهْلاكُ بَعْدَ الرَّدِّ إِلَى المَالِكِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّا نَفْرِضُ المَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا تَابَ رَدَّ بَعْضَ المَالِ بِأَنْ يَرُدَّ مَالَ بَعْضِ المَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ الطَّرِيقُ وَاسْتَهْلَكَ مَالَ البَعْضِ الآخَرِ أَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ حَيْثُ تَصِحُّ تَوْبَتُهُ وَيَجِبُ

الضَّمَانُ. وَأَقُولُ: هَذَا إِنَّمَا يَتِمُّ أَنْ لوْ كَانَتْ التَّوْبَةُ مُتَوَقِّفَةً عَلى رَدِّ المَال فِي الجُمْلة عِنْدَ القَائلينَ بِذَلكَ، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ مُتَوَقِّفَةً عَلى رَدِّ جَمِيعِ الأَمْوَال فَلا يَتِمُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال هَذَا الوَضْعُ إِنَّمَا هُوَ عَلى قَوْل البَعْضِ الآخَرِ مِنْ المَشَايِخ.

(وَإِن كَانَ مِن القُطَّاعِ صَبِيٌّ أَو مَجنُونٌ أَو ذُو رَحِمٍ مَحرَمٍ مِن المَقطُوعِ عَليهِ سَقَطَ الحدُّ عَن البَاقِينَ) فَالمَذكُورُ فِي الصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَر. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لو بَاشَرَ العُقَلاءُ يُحَدُّ البَاقُونَ وَعَلى هَذَا السَّرِقَةُ الصُّغرَى. لهُ أَنَّ المُبَاشِرَ أَصلٌ، وَالرِّدْءُ تَابِعٌ وَلا خَلَل فِي مُبَاشَرَةِ العَاقِل وَلا اعتِبَارَ بِالخَلَل فِي التَّبَعِ، وَفِي عَكسِهِ يَنعَكِسُ المَعنَى وَالحُكمُ. وَلهُمَا أَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ قَامَت بِالكُل، فَإِذَا لم يَقَع فِعلُ بَعضِهِم مُوجِبًا كَانَ فِعلُ البَاقِينَ بَعضَ العِلةِ وَبِهِ لا يَثبُتُ الحُكمُ فَصَارَ كَالخَاطِئِ مَعَ العَامِدِ. وَأَمَّا ذُو الرَّحِمِ المَحرَمِ فَقَد قِيل تَأوِيلُهُ إِذَا كَانَ المَالُ مُشتَرَكًا بَينَ المَقطُوعِ عَليهِم، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ مُطلقٌ لأَنَّ الجِنَايَةَ وَاحِدَةٌ عَلى مَا ذَكَرنَاهُ فَالامتِنَاعُ فِي حَقِّ البَعضِ يُوجِبُ الامتِنَاعَ فِي حَقِّ البَاقِينَ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِم مُستَأمَنٌ؛ لأَنَّ الامتِنَاعَ فِي حَقِّهِ لخَللٍ فِي العِصمَةِ وَهُوَ يَخُصُّهُ، أَمَّا هُنَا الامتِنَاعُ لخَللٍ فِي الحِرزِ، وَالقَافِلةُ حِرزٌ وَاحِدٌ (وَإِذَا سَقَطَ الحَدُّ صَارَ القَتلُ إِلى الأَولِيَاءِ) لظُهُورِ حَقِّ العَبدِ عَلى مَا ذَكَرنَاهُ (فَإِن شَاءُوا قَتَلُوا وَإِن شَاءُوا عَفَوا).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَفِي عَكْسِهِ يَنْعَكِسُ المَعْنَى وَالحُكْمُ) يَعْنِي إِذَا بَاشَرَ غَيْرُ العُقَلاءِ صَارَ الخَللُ فِي الأَصْل، وَلهُ الاعْتِبَارُ فَلا يَجِبُ الحَدُّ عَلى الكُل. وَقَوْلُهُ (فَصَارَ كَالخَاطِئِ مَعَ العَامِدِ) يَعْنِي إِذَا رَمَى بِسَهْمٍ إِلى إِنْسَانٍ عَمْدًا وَرَمَاهُ آخَرُ خَطَأً وَأَصَابَهُ السَّهْمَانِ مَعًا وَمَاتَ مِنْهُمَا فَلا يَجِبُ القِصَاصُ عَلى العَامِدِ لأَنَّ الفِعْل وَاحِدٌ فَيَكُونُ فِعْلُ الخَاطِئِ شُبْهَةً فِي حَقِّ العَامِدِ. وَقَوْلُهُ (فَقَدْ قِيل تَأْوِيلُهُ) ذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيّ إِلى أَنَّ المَسْأَلةَ مَحْمُولةٌ عَلى مَا إِذَا كَانَ المَالُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ المَقْطُوعِ عَليْهِمْ، وَفِي قُطَّاعِ الطَّرِيقِ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ أَحَدِهِمْ فَإِنَّهُ لا يَجِبُ الحَدُّ عَلى البَاقِينَ لأَنَّ المَأْخُوذَ شَيْءٌ وَاحِدٌ؛ فَإِذَا امْتَنَعَ عَنْ أَحَدِهِمْ بِسَبَبِ القَرَابَةِ امْتَنَعَ عَنْ البَاقِينَ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ لكُل وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَالٌ مُفْرَدٌ فَالحَدُّ يَجْرِي عَليْهِمْ لأَنَّ الأَخْذَ مِنْ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمْ لا تَعَلُّقَ لهُ بِغَيْرِهِ، كَمَا لوْ سَرَقُوا مِنْ حِرْزِ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ مِنْ أَحَدِهِمْ مَالا وَمِنْ حِرْزِ أَجْنَبِيٍّ مَالا آخَرَ،

بِخِلافِ مَا إِذَا سَرَقُوا مِنْ حِرْزِ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ مَالَهُ وَمَالَ غَيْرِهِ لأَنَّ الشُّبْهَةَ هُنَاكَ فِي الحِرْزِ وَلا مُعْتَبَرَ بِالحِرْزِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ فَكُلُّ وَاحِدٍ حَافِظٌ لِمَالِه (وَالأَصَحُّ أَنَّهُ مُطْلَقٌ) أَيْ لَيْسَ بِمُقَيَّدٍ بِكَوْنِ المَالِ مُشْتَرَكًا (لأَنَّ الجِنَايَةَ وَاحِدَةٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) لأَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ (فَالامْتِنَاعُ فِي حَقِّ البَعْضِ يُوجِبُ الامْتِنَاعَ فِي حَقِّ البَاقِينَ) بِخِلافِ السَّرِقَةِ مِنْ حِرْزٍ ثُمَّ مِنْ حِرْزٍ آخَرَ لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْ الفِعْلَيْنِ يَنْفَصِلُ عَنْ الآخَرِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِمْ مُسْتَأْمَنٌ) جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْدِيرُهُ قَطْعُ الطَّرِيقِ عَلَى المُسْتَأْمَنِ لا يُوجِبُ الحَدَّ كَالقَطْعِ عَلَى ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، ثُمَّ وُجُودُ هَذَا فِي القَافِلَةِ يُسْقِطُ الحَدَّ فَيَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ وُجُودُ المُسْتَأْمَنِ فِيهِمْ أَيْضًا.

وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ (أَنَّ الامْتِنَاعَ فِي حَقِّ المُسْتَأْمَنِ لِخَلَلٍ فِي العِصْمَةِ وَهُوَ) أَيْ الخَلَلُ (يَخُصُّ المُسْتَأْمَنَ) فَلا يَصِيرُ شُبْهَةً لأَنَّ الشُّبْهَةَ فِي غَيْرِ الحِرْزِ لا تُؤَثِّرُ فِي الذي لا شُبْهَةَ فِيه كَمَا إِذَا سَرَقَ الخَمْرَ وَعَشَرَةَ دَرَاهِمَ، وَأَمَّا وُجُودُ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ مِنْ قُطَّاعِ الطَّرِيقِ فَيُورِثُ شُبْهَةً فِي الحِرْزِ؛ لأَنَّ القَافِلَةَ بِمَنْزِلَةِ بَيْتٍ وَاحِدٍ فَكَانَ هَذَا كَقَرِيبٍ سَرَقَ مَالَ القَرِيبِ وَمَالَ الأَجْنَبِيِّ مِنْ بَيْتِ القَرِيبِ فَإِنَّهُ لا يُقْطَعُ لِشُبْهَةٍ تَمَكَّنَتْ فِي الحِرْزِ.

(وَإِذَا قَطَعَ بَعْضُ القَافِلَةِ الطَّرِيقَ عَلَى البَعْضِ لَمْ يَجِبْ الحَدُّ) لأَنَّ الحِرْزَ وَاحِدٌ فَصَارَتْ القَافِلَةُ كَدَارٍ وَاحِدَةٍ .

(وَمَن قَطَعَ الطَّرِيقَ لَيلا أَو نَهَارًا فِي المِصرِ أَو بَينَ الكُوفَةِ وَالحِيرَةِ فَلَيسَ بِقَاطِعِ الطَّرِيقِ) استِحسَانًا. وَفِي القِيَاسِ يَكُونُ قَاطِعَ الطَّرِيقِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ لِوُجُودِهِ حَقِيقَةً. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ الحَدُّ إِذَا كَانَ خَارِجَ المِصرِ إِن كَانَ بِقُربِهِ؛ لأَنَّهُ لا يَلحَقُهُ الغَوثُ. وَعَنهُ إِن قَاتَلُوا نَهَارًا بِالسِّلاحِ أَو لَيلا بِهِ أَو بِالخَشَبِ فَهُم قُطَّاعُ الطَّرِيقِ لأَنَّ السِّلاحَ لا يَلبَثُ وَالغَوثُ يُبطِئُ بِاللَّيَالِي، وَنَحنُ نَقُولُ: إِنَّ قَطعَ الطَّرِيقِ بِقَطعِ المَارَّةِ وَلا يَتَحَقَّقُ ذَلكَ فِي المِصرِ وَيَقرُبُ مِنهُ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ لُحُوقُ الغَوثِ، إلا أَنَّهُم يُؤخَذُونَ بِرَدِّ المَالِ أَيضًا لا لِلحَقِّ إلى المُستَحِقِّ، وَيُؤَدَّبُونَ وَيُحبَسُونَ لارتِكَابِهِم الجِنَايَةَ، وَلَو قَتَلُوا فَالأَمرُ فِيهِ إلى الأَولِيَاءِ لِمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي المِصْرِ وَبِقُرْبِ

منْهُ) قَدْرُ البُعْدِ بَيْنَ المِصْرَيْنِ وَبَيْنَ القُطَّاعِ مَسِيرَةُ سَفَرٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَقَوْلُهُ (لَمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ لِظُهُورِ حَقِّ العَبْدِ.

(وَمَن خَنَقَ رَجُلا حَتَّى قَتَلَهُ فَالدِّيَةُ عَلى عَاقِلَتِهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهِيَ مَسأَلَةُ القَتل بِالمُثقَل، وَسَنُبَيِّنُ فِي بَابِ الدِّيَاتِ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى (وَإِن خَنَقَ فِي المِصرِ غَيرَ مَرَّةٍ قُتِل بِهِ)؛ لأَنَّهُ صَارَ سَاعِيًا فِي الأَرضِ بِالفَسَادِ فَيُدفَعُ شَرُّهُ بِالقَتل، وَاللهُ تَعَالى أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ خَنَقَ رَجُلا) بِالتَّخْفِيفِ مِنْ خَنَقَهُ إِذَا عَصَرَ حَلقَهُ، وَالخَنَّاقُ فَاعِلُهُ وَمَصْدَرُهُ الخَنِقُ بِكَسْرِ النُّونِ وَلا يُقَالُ بِالسُّكُونِ، كَذَا عَنْ الفَارَابِيِّ .

كِتَابُ السِّيَرِ

السِّيَرُ جَمعُ سِيرَةٍ، وَهِيَ الطَّرِيقَةُ فِي الأمُورِ، وَفِي الشَّرعِ تَختَصُّ بِسِيَرِ النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي مَغَازِيهِ.

الشرح:

كِتَابُ السِّيَرِ

قَدَّمَ الحُدُودَ عَلى السِّيَرِ لأَنَّ كُل وَاحد منْهُمَا حَسَنٌ لمَعْنًى فِي غَيْرِه، وَذَلكَ الغَيْرُ يَتَأَدَّى بفعْل المَأْمُورِ بِه إلا أَنَّ الحُدُودَ مُعَامَلَةٌ مَعَ المُسْلمينَ غَالبًا أَوْ عَلى الخُصُوصِ فِي حَدِّ الشُّرْبِ. وَفي السِّيَرِ المُعَامَلَةُ مَعَ الكُفَّارِ وَتَقْديمُ مَا بالمُسْلمينَ أَوْلى (**وَالسِّيَرُ جَمْعُ سِيرَةٍ**) وَهِيَ فِعْلَةٌ مِنْ السَّيْرِ (**وَهِيَ الطَّرِيقَةُ فِي الأُمُورِ. وَفِي الشَّرْعِ تَخْتَصُّ بِسِيَرِ النَّبِيِّ ﷺ فِي مَغَازِيه**) قَال فِي المُغْرِب: أَصْلُ السِّيرَة حَالةُ السَّيْر، إلا أَنَّهَا غَلبَتْ فِي لسَانِ الشَّرْعِ عَلى أُمُورِ المَغَازِي وَمَا يَتَعَلقُ بِهَا كَالمَنَاسك عَلى أُمُورِ الحَجِّ، وَالمَغَازِي جَمْعُ المَغْزَاةِ مِنْ غَزَوْت العَدُوَّ قَصَدْته للقتَال، وَهِيَ الغَزْوَةُ وَالغُزَاةُ وَالمَغْزَاةُ.

قَال (الجِهَادُ فَرضٌ عَلى الكِفَايَةِ إذَا قَامَ بِهِ فَرِيقٌ مِن النَّاسِ سَقَطَ عَن البَاقِينَ) أَمَّا الفَرضِيَّةُ فَلقَوله تَعَالى: ﴿ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ ﴾ [التوبة: ٥] وَلقَوله عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الجِهَادُ مَاضٍ إلى يَومِ القِيَامَةِ»[1] وَأَرَادَ بِهِ فَرضًا بَاقِيًا، وَهُوَ فَرضٌ عَلى الكِفَايَةِ؛ لأَنَّهُ مَا فُرِضَ لعَينِهِ إذ هُوَ إفسَادٌ فِي نَفسِهِ، وَإِنَّمَا فُرِضَ لإعزَازِ دِينِ اللهِ وَدَفعِ الشَّرِّ عَن العِبَادِ، فَإِذَا حَصَل المَقصُودُ بِالبَعضِ سَقَطَ عَن البَاقِينَ كَصَلاةِ الجِنَازَةِ وَرَدِّ السَّلامِ (فَإِن لم يَقُم بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَركِهِ) لأَنَّ الوُجُوبَ عَلى الكُل، وَلأَنَّ فِي اشتِغَال الكُل بِهِ قَطعَ مَادَّةِ الجِهَادِ مِن الكُرَاعِ وَالسِّلاحِ فَيَجِبُ عَلى الكِفَايَةِ (إلا أَن يَكُونَ النَّفِيرُ عَامًّا) فَحِينَئِذٍ يَصِيرُ مِن فُرُوضِ الأعيَانِ لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ ٱنفِرُواْ خِفَافٗا وَثِقَالٗا ﴾ [التوبة: ٤١] الآيَةَ.

وَقَال فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: الجِهَادُ وَاجِبٌ إلا أَنَّ المُسلمِينَ فِي سَعَةٍ حَتَّى يُحتَاجَ إليهِم، فَأَوَّلُ هَذَا الكَلامِ إشَارَةٌ إلى الوُجُوبِ عَلى الكِفَايَةِ وَآخِرُهُ إلى النَّفِيرِ العَامِّ، وَهَذَا لأَنَّ المَقصُودَ عِندَ ذَلكَ لا يَتَحَصَّلُ إلا بِإِقَامَةِ الكُل فَيُفتَرَضُ عَلى الكُل (وَقِتَالُ الكُفَّارِ وَاجِبٌ) وَإِن لم يَبدَءُوا للعُمُومَاتِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٥٣٢)، وانظر نصب الراية (٣/٥٨٢).

الشرح:

قَال (**الجِهَادُ فَرْضٌ عَلى الكِفَايَة**) قِيل: الجِهَادُ هُوَ الدُّعَاءُ إلى الدِّينِ الحَقِّ وَالقِتَالُ مَعَ مَنْ امْتَنَعَ عَنْ القَبُول بِالنَّفْسِ وَالمَال. وَسَبَبُهُ كَوْنُ الكُفَّارِ حَرْبًا عَلَيْنَا، وَهُوَ فَرْضُ كِفَايَة (**إذَا قَامَ بِه فَرِيقٌ مِنْ النَّاسِ سَقَطَ عَنْ البَاقِينَ. أَمَّا الفَرْضِيَّةُ فَلِقَوْلِه تَعَالى:** ﴿ فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾ [التوبة: ٥]) وَهُوَ دَلِيلٌ قَطْعِيٌّ فَيُفِيدُ الفَرْضِيَّةَ وَلِقَوْلِه ﷺ: «**الجِهَادُ مَاضٍ إلى يَوْمِ القِيَامَة**» أَيْ نَافِذٌ، مِنْ مَضَى فِي الأَرْضِ مُضِيًّا إذَا نَفَذَ. فَإِنْ قِيل: كَيْفَ يَصِحُّ التَّمَسُّكُ عَلى دَعْوَى الفَرْضِيَّة بِخَبَرِ الوَاحِد.

أُجِيبَ بِأَنَّ خَبَرَ الوَاحِد إذَا تَأَيَّدَ بِالحُجَّة القَطْعِيَّة صَحَّ إِضَافَةُ الفَرْضِيَّة إِلَيْه، وَهَاهُنَا تَأَيَّدَ هَذَا الحَدِيثُ بِقَوْلِه تَعَالى: ﴿ فَٱقْتُلُواْ ﴾ وَبِالإِجْمَاع، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّا لا نُسَلمُ أَنَّهُ إذَا تَأَيَّدَ بِالقَطْعِيِّ أَفَادَ الفَرْضِيَّةَ، فَإِنَّ الفَرْضِيَّةَ حِينَئِذ تَكُونُ ثَابِتَةً بِذَلِكَ القَطْعِيِّ لا بِخَبَرِ الوَاحِد. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَال: الخَبَرُ لَمْ يَذْكُرْهُ لِلدَّلالة عَلى الفَرْضِيَّة بَل لِبَيَان دَوَامِه وَبَقَائِه إلى يَوْمِ القِيَامَة؛ فَإِنَّ الدَّلائِل القَطْعِيَّةَ فِي البَاب لَيْسَ فِيهَا مَا يَدُلُّ عَلى ذَلِكَ، وَخَبَرُ الوَاحِد جَازَ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا لِمَا احْتَمَلهُ النَّصُّ (**وَأَمَّا كَوْنُهُ فَرْضًا عَلى الكِفَايَة فَلأَنَّهُ مَا فُرِضَ لِعَيْنِه لِكَوْنِه إِفْسَادًا فِي نَفْسِه**) بِتَخْرِيبِ البِلادِ وَإِفْنَاء العِبَاد، لكِنْ (**لإِعْزَازِ دِينِ الله وَدَفْعِ الشَّرِّ عَنْ العِبَاد فَإِذَا حَصَلَ المَقْصُودُ بِالبَعْضِ سَقَطَ عَنْ البَاقِينَ كَصَلاة الجَنَازَة وَرَدِّ السَّلامِ**) وَالمُرَادُ بِكُرَاعِ الخَيْل. وقَوْله تَعَالى: ﴿ ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالاً ﴾ [التوبة: ٤١] أَيْ رُكْبَانًا وَمُشَاةً أَوْ شُبَّانًا وَشُيُوخًا أَوْ مَهَازِيل وَسِمَانًا أَوْ صِحَاحًا وَمِرَاضًا.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ قَوْله تَعَالى: ﴿ ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالاً ﴾ عَامٌّ فَمَا وَجْهُ تَقْيِيدِه بِالنَّفِيرِ العَامِّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ رَفْعُ الحَرَجِ؛ وَلأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَخْرُجُ مَعَ تَخَلُّفِ كَثِيرٍ مِنْ أَهْل المَدِينَة، فَعُلِمَ بِذَلِكَ اخْتِصَاصُهُ بِالنَّفِيرِ العَامِّ، وَلأَنَّ اللهَ تَعَالى قَال: ﴿ لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَـٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُوْلِى ٱلضَّرَرِ ﴾ [النساء: ٩٥] إلى قَوْله تَعَالى: ﴿ وَكُلاًّ وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ ﴾ [النساء: ٩٥] وَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّ اللهَ تَعَالى وَعَدَ القَاعِدِينَ عَنْ الجِهَاد الحُسْنَى، وَلَوْ كَانَ الجِهَادُ فَرْضَ عَيْنٍ لاسْتَحَقَّ القَاعِدُ الوَعِيدَ لا الوَعْدَ. ثُمَّ الجِهَادُ يَصِيرُ فَرْضَ عَيْنٍ عِنْدَ النَّفِيرِ العَامِّ عَلى مَنْ يَقْرَبُ مِنْ العَدُوِّ وَهُوَ يَقْدرُ عَلَيْه، وَأَمَّا مَنْ وَرَاءَهُمْ فَلا يَكُونُ فَرْضًا عَلَيْهِمْ إلا إذَا احْتِيجَ إِلَيْهِمْ، إِمَّا لِعَجْزِ القَرِيبِ عَنْ المُقَاوَمَة مَعَ العَدُوِّ، وَإِمَّا

للتَّكَاسُل فَحِينَئِذٍ يُفْرَضُ عَلى مَنْ يَليهِمْ ثُمَّ وَثُمَّ إلى أَنْ يُفْتَرَضَ عَلى جَمِيعِ أَهْلِ الإِسْلامِ شَرْقًا وَغَرْبًا عَلى هَذَا التَّدْرِيجِ.

وَقَوْلُهُ (**فَأَوَّلُ هَذَا الكَلامِ إشَارَةٌ إلى الوُجُوب عَلى الكفَايَة**) أَرَادَ بالأَوَّل قَوْلَهُ رَحِمَهُ اللهُ: الجِهَادُ وَاجبٌ، إلا أَنَّ المُسْلمينَ في سعَة، إذْ الاسْتِثْنَاءُ تَكَلُّمٌ بالبَاقي بَعْدَ الثُّنيَا فَكَانَ في مَجْمُوعِ المُسْتَثْنَى وَالمُسْتَثْنَى منْهُ إشَارَةٌ إلى ذَلكَ (**وَآخرُهُ**) وَهُوَ قَوْلُهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إلَيْهِمْ إلى النَّفير العَامِّ. قَال (**وَقتَالُ الكُفَّار**) **الذينَ امْتَنَعُوا عَنْ الإسْلامِ وَأَدَاء الجزْيَة** (**وَاجبٌ وَإنْ لَمْ يَبْدَءُوا بالقتَال للعُمُومَات**) الوَاردَة في ذَلكَ كَقَوْله تَعَالى: ﴿ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ ﴾ [التوبة: ٥] ﴿ وَقَٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٌ ﴾ [البقرة: ١٩٣] ﴿ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِتَالُ ﴾ [البقرة: ٢١٦] وَغَيْرُهَا. فَإنْ قيل العُمُومَاتُ مُعَارَضَةٌ بقَوْله تَعَالى: ﴿ فَإِن قَٰتَلُوكُمۡ فَٱقۡتُلُوهُمۡ ﴾ [البقرة: ١٩١] فَإنَّهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ قتَال الكُفَّار إنَّمَا يَجبُ إذَا بَدَءُوا بالقتَال. أُجيبَ بأَنَّهُ مَنْسُوخٌ، وَبَيَانُهُ أَنَّ رَسُول الله ﷺ كَانَ في الابْتدَاء مَأْمُورًا بالصَّفْح وَالإعْرَاض عَنْ المُشْركينَ بقَوْله: ﴿ فَٱصۡفَحِ ٱلصَّفۡحَ ٱلۡجَمِيلَ ﴾ [الحجر: ٨٥] ﴿ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡمُشۡرِكِينَ ﴾ [الأنعام: ١٠٦] ثُمَّ أُمرَ بالدُّعَاء إلى الدِّين بالمَوْعظَة وَالمُجَادَلَة بالأَحْسَن بقَوْله تَعَالى: ﴿ ٱدۡعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلۡحِكۡمَةِ ﴾ [النحل: ١٢٥] الآيَةَ ثُمَّ أُذنَ بالقتَال إذَا كَانَتْ البُدَاءَةُ منْهُمْ بقَوْله تَعَالى: ﴿ أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ ﴾ [الحج: ٣٩] الآيَةَ، وَبقَوْله: ﴿ فَإِن قَٰتَلُوكُمۡ فَٱقۡتُلُوهُمۡ ﴾ ثُمَّ أُمرَ بالقتَال ابْتدَاءً في بَعْض الأَزْمَان بقَوْله تَعَالى: ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ ﴾ [التوبة: ٥] الآيَةَ، ثُمَّ أُمرَ بالبُدَاءَة بالقتَال مُطْلَقًا في الأَزْمَان كُلهَا وَفي الأَمَاكن بأَسْرهَا فَقَال تَعَالى: ﴿ وَقَٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٌ ﴾ [البقرة: ١٩٣] الآيَةَ ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ ﴾ [التوبة: ٢٩] الآيَةَ.

(وَلا يَجِبُ الجِهَادُ عَلى صَبِيٍّ)؛ لأنَّ الصِّبَا مَظِنَّةُ المَرحَمَةِ (وَلا عَبدٍ وَلا امرَأَةٍ) التَّقَدُّمُ حَقُّ المَولى وَالزَّوجِ (وَلا أَعمَى وَلا مُقعَدٍ وَلا أَقطَعَ لعَجزِهِم، فَإِن هَجَمَ العَدُوُّ عَلى بَلَدٍ وَجَبَ عَلى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفعُ تَخرجُ المَرأَةُ بِغَيرِ إذنِ زَوجِهَا وَالعَبدُ بِغَيرِ إذنِ المَولى) لأَنَّهُ صَارَ فَرضَ عَينٍ، وَملكُ اليَمِينِ وَرقُ النِّكَاحِ لا يَظهَرُ فِي حَقِّ فُرُوضِ الأَعيَانِ كَمَا فِي الصَّلاةِ وَالصَّومِ، بِخِلافِ مَا قَبلَ النَّفِيرِ؛ لأَنَّ بِغَيرِهِمَا مَقنَعًا فَلا ضَرُورَةَ إلى إبطَالِ حَقِّ المَولى وَالزَّوجِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَجِبُ الجِهَادُ عَلى صَبِيٍّ) ظَاهِرٌ.

(وَيُكرهُ الجُعَلُ مَا دَامَ للمُسلمِينَ فَيءٌ) لأنَّهُ يُشبهُ الأجرَ، وَلا ضَرُورةَ إليهِ؛ لأنَّ مَال بَيتِ المَال مُعَدٌّ لنَوَائِبِ المُسلمِينَ. قَال (فَإذَا لم يَكُن فَلا بَأسَ بِأن يُقَوّيَ بَعضُهُم بَعضًا) لأنَّ فِيهِ دَفعَ الضَّرَرِ الأعلى بِإلحَاقِ الأدنَى، يُؤَيِّدُهُ «أنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أخَذَ دُرُوعًا مِن صَفوَانَ»[1] وَعُمَرُ ﷺ كَانَ يُغزِي الأعزَبَ عَن ذِي الحَليلَةِ، وَيُعطِي الشَّاخِصَ فَرَسَ القَاعِدِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَيُكْرَهُ الجُعْلُ مَا دَامَ للمُسْلمِينَ فَيْءٌ**) أَرَادَ بِالجُعْل مَا يَضْرِبُهُ الإِمَامُ للغُزَاة عَلى النَّاسِ بِمَا يَتقَوَّى بِه الذينَ يَخْرُجُونَ إلى الجِهَاد (**لأَنَّهُ يُشْبِهُ الأُجْرَةَ**) وَحَقيقَةُ الأُجْرَةِ حَرَامٌ فَمَا يُشْبِهُ الأُجْرَةَ يَكُونُ مَكْرُوهًا. وَقَوْلُهُ (**يُغْزِي الأَعْزَبُ**) يُقَالُ أَغْزَى الأَميرُ الجَيْشَ إذَا بَعَثَهُ إلى العَدُوِّ، وَيُقَالُ رَجُلٌ عَزَبٌ بِالتَّحْرِيكِ لمَنْ لا زَوْجَ لهُ، وَجَاءَ في الحَديثِ «وَهُوَ شَابٌّ أَعْزَبُ» وَالشُّخُوصُ الذَّهَابُ مِنْ بَلدٍ إلى بَلدٍ، وَاللهُ أَعْلمُ.

بَابُ كَيفِيَّةِ القِتَالِ

(وَإذَا دَخَل المُسلمُونَ دَارَ الحَربِ فَحَاصَرُوا مَدِينَةً أو حِصنًا دَعَوهُم إلى الإسلامِ) لمَا رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا «أنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مَا قَاتَل قَومًا حَتَّى دَعَاهُم إلى الإسلامِ»[2] قَال (فَإن أجَابُوا كَفُّوا عَن قِتَالِهِم) لحُصُول المَقصُودِ، وَقَد قَال ﷺ: «أُمِرت أن أقَاتِل النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لا إلهَ إلا اللهُ»[3] الحَدِيثَ.

(وَإن امتَنَعُوا دَعَوهُم إلى أَدَاءِ الجِزيَةِ) بِهِ أَمَرَ رَسُولُ اللهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أُمَرَاءَ الجُيُوشِ، وَلأنَّهُ أحَدُ مَا يَنتَهِي بِهِ القِتَالُ عَلى مَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ، وَهَذَا فِي حَقِّ مَن تُقبَلُ مِنهُ الجِزيَةُ، وَمَن لا تُقبَلُ مِنهُ كَالمُرتَدِّينَ وَعَبَدَةِ الأوثَانِ مِن العَرَبِ لا فَائِدَةَ فِي

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٢)، والنسائي في الكبرى (٥٧٧٩)، وأحمد (٤٠١/٣)، وانظر نصب الراية (٥٨٣/٣).

(٢) أخرجه أحمد (٢٣١/١، ٢٣٦)، والحاكم (١٥/١)، وانظر نصب الراية (٥٨٤/٣).

(٣) أخرجه البخاري في الزكاة باب ١، ٦٣، ومسلم في الإيمان (٣٣) عن أبي هريرة، وانظر نصب الراية (٥٨٥/٣).

دُعَائِهِم إلى قَبُول الجِزيَةِ لأنَّهُ لا يُقبَلُ مِنهُم إلا الإسلامُ، قَال اللهُ تَعَالى: ﴿ تُقَـٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَ ﴾ [الفتح: ١٦] (فَإن بَذَلُوها فَلهُم مَا للمُسلمِينَ وَعَليهِم مَا عَلى المُسلمِينَ) لقَول عَليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: إنَّمَا بَذَلُوا الجِزيَةَ ليَكُونَ دِمَاؤُهُم كَدِمَائِنَا وَأَموَالُهُم كَأَموَالنَا، وَالمُرَادُ بِالبَذل القَبُولُ وَكَذَا المُرَادُ بِالإعطَاءِ المَذكُورِ فِيهِ فِي القُرآنِ، وَاللهُ أَعلمُ

الشرح:

(**بَابُ كَيفِيَّة القتَال**): لَمَّا كَانَ الأَمْرُ الأَوَّلُ منْ بَاب الجِهَاد القتَال بَدَأَ ببيَان **كَيْفيَّته** وَالمَدينَةُ مَعْرُوفَةٌ وَالحِصْنُ بكَسْر الحَاءِ كُلُّ مَكَان مَحْمِيٌّ مُحْرَز لا يُتَوَصَّلُ إلى مَا في جَوْفه فَالمَدينَةُ أَكْبَرُ منْ الحِصْنِ (**قَوْلُهُ دَعُوهُمْ إلى الإِسْلامِ**) قيل: لا يَخْلُو منْ أَنْ يُقَاتلُوا قَوْمًا بَلَغَتْهُمْ الدَّعْوَةُ أَوْ لَمْ تَبْلُغْهُمْ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ لا يَحِلُّ القتَالُ حَتَّى يُدْعَوْا لقَوْله تَعَالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبۡعَثَ رَسُولٗا ﴾ [الإسراء: ١٥] وَإِنْ كَانَ الأَوَّل فَالأَفْضَلُ ذَلكَ، «وَكَانَ النَّبيُّ ﷺ إذَا قَاتَل قَوْمًا منْ المُشْركينَ دَعَاهُمْ إلى الإِسْلامِ ثُمَّ اشْتَغَل بالصَّلاة، وَإِذَا فَرَغَ جَدَّدَ الدَّعْوَةَ ثُمَّ شَرَعَ في القتَال». وَقَوْلُهُ (**كَفُّوا عَنْ قتَالهمْ**) أَيْ امْتَنَعُوا عَنْ قتَالهمْ أَوْ مَنَعُوا أَنْفُسَهُمْ عَنْهُ فَكَفَّ لازِمٌ وَمُتَعَدٍّ. وَقَوْلُهُ (**عَلى مَا نَطَقَ به النَّصُّ**) يُريدُ قَوْله تَعَالى: ﴿ قَـٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ [التوبة: ٢٩] إلى قَوْله: ﴿ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ ﴾ [التوبة: ٢٩] (**قَوْلُهُ وَهَذَا في حَقِّ مَنْ تُقْبَلُ منْهُ الجِزْيَةُ**) ظَاهرٌ.

(وَلا يَجُوزُ أَن يُقَاتِل مَن لم تَبلُغهُ الدَّعوَةُ إلى الإسلامِ إلا أَن يَدعُوهُ) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي وَصِيَّةِ أُمَرَاءِ الأجنَادِ «فَادعُهُم إلى شَهَادَةِ أَن لا إلهَ إلا اللهُ»[(١)] وَلأنَّهُم بِالدَّعوَةِ يَعلمُونَ أَنَّا نُقَاتِلُهُم عَلى الدِّينِ لا عَلى سَلبِ الأموَال وَسَبيِ الذَّرَارِيِّ فَلعَلهُم يُجِيبُونَ فَتُكفَى مُؤنَةُ القِتَال، وَلو قَاتَلهُم قَبل الدَّعوَةِ أَثِمَ للنَّهيِ، وَلا غَرَامَةَ لعَدَمِ العَاصِمِ وَهُوَ الدِّينُ أَو الإحرَازُ بِالدَّارِ فَصَارَ كَقَتل النِّسوَانِ وَالصِّبيَانِ (وَيُستَحَبُّ أَن يَدعُوَ مَن بَلغَتهُ الدَّعوَةُ) مُبَالغَةً فِي الإنذَارِ، وَلا يَجِبُ ذَلكَ لأنَّهُ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَغَارَ عَلى بَنِي المُصطَلقِ وَهُم غَارُّونَ». «وَعَهِدَ إلى أُسَامَةَ ﷺ أَن يُغِيرَ عَلى أُبنَى صَبَاحًا ثُمَّ يُحَرِّقَ» وَالغَارَةُ لا تَكُونُ بِدَعوَةٍ.

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد (٢) وغيره عن بريدة، وانظر نصب الراية (٣/٥٨٧).

قَال (فَإن أَبَوا ذَلكَ استَعَانُوا بِالله عَليهم وَحَارَبُوهُم) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثِ سُليمَانَ بن بُرَيدَةَ «فَإِنْ أَبَوا ذَلكَ فَادعُهُم إلى إعطَاءِ الجِزيَةِ، إلى أن قَال: فَإن أَبوهَا فَاستَعِن بِالله عَليهم وَقَاتِلهُم»[(١)] وَلأَنَّهُ تَعَالى هُوَ النَّاصِرُ لأَوليَائِهِ وَالمُدَمِّرُ عَلى أَعدَائِهِ فَيُستَعَانُ بِهِ فِي كُل الأمُورِ. قَال (وَنَصَبُوا عَليهِم المَجَانِيقَ) كَمَا نَصَبَ رَسُولُ الله عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَلى الطَّائِفِ[(٢)] (وَحَرَّقُوهُم) لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَحرَقَ البُوَيرَةَ[(٣)]. قَال (وَأَرسَلُوا عَليهِم المَاءَ وَقَطَّعُوا أَشجَارَهُم وَأَفسَدُوا زُرُوعَهُم) لأَنَّ فِي جَمِيعِ ذَلكَ إلحَاقَ الكَبتِ وَالغَيظِ بِهِم وَكَسرَةَ شَوكَتِهِم وَتَفرِيقَ جَمعِهِم فَيَكُونُ مَشرُوعًا، (وَلا بَأسَ بِرَميِهِم، وَإن كَانَ فِيهِم مُسلمٌ أَسِيرٌ أَو تَاجِرٌ) لأَنَّ فِي الرَّمي دَفعَ الضَّرَرِ العَامِّ بِالذَّبِّ عَن بَيضَةِ الإِسلامِ، وَقَتلُ الأَسِيرِ وَالتَّاجِرِ ضَرَرٌ خَاصٌّ، وَلأَنَّهُ قَلمَا يَخلُو حِصنٌ عَن مُسلمٍ، فَلو امتَنَعَ بِاعتِبَارِهِ لانسَدَّ بَابُهُ (وَإِنْ تَتَرَّسُوا بِصِبيَانِ المُسلمِينَ أَو بِالأَسَارَى لم يَكُفُّوا عَن رَميِهِم) لمَا بَيَّنَّاهُ (وَيَقصِدُونَ بِالرَّميِ الكُفَّارَ) لأَنَّهُ إن تَعَذَّرَ التَّمييزُ فِعلا فَلقَد أَمكَنَ قَصدًا، وَالطَّاعَةُ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، وَمَا أَصَابُوهُ مِنهُم لا دِيَةَ عَليهِم وَلا كَفَّارَةَ لأَنَّ الجِهَادَ فَرضٌ وَالغَرَامَاتُ لا تُقرَنُ بِالفُرُوضِ. بِخِلافِ حَالةِ المَخمَصَةِ لأَنَّهُ لا يُمتَنَعُ مَخَافَةَ الضَّمَانِ لمَا فِيهِ مِن إحيَاءِ نَفسِهِ. أَمَّا الجِهَادُ فَمَبنِيٌّ عَلى إتلافِ النَّفسِ فَيُمتَنَعُ حِذَارَ الضَّمَانِ

الشرح:

(قَوْلُهُ فَنُكْفَى) بِالنُّونِ عَلى بِنَاءِ المَفْعُول مُؤْنَةَ القِتَال بِنَصْبِ مُؤْنَة عَلى المَفْعُول الثَّانِي (قَوْلُهُ للنَّهْيِ) إِشَارَةٌ إلى مَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ بَعَثَ عَلِيًّا فِي سَرِيَّةٍ، وَقَال: لا تُقَاتِلُوهُمْ حَتَّى تَدْعُوَهُمْ إلى الإِسْلامِ». وَقَوْلُهُ (لعَدَمِ العَاصِمِ) أَيْ المُوجِبِ للغَرَامَةِ (وَهُوَ الدِّينُ) عَلى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ (أَوْ الإِحْرَازُ بِالدَّارِ) عَلى مَذْهَبِنَا. وَقَوْلُهُ (مُبَالغَةً فِي الإِنْذَارِ) «لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا قَاتَل قَوْمًا مِنْ المُشْرِكِينَ دَعَا ثُمَّ اشْتَغَل بِالصَّلاةِ ثُمَّ عَادَ

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه الترمذي في الأدب باب ١٧، وانظر نصب الراية (٥٨٩/٣).

(٣) أخرجه البخاري في المغازي باب ١٤، ومسلم في الجهاد (٢٩، ٣٠)، وانظر نصب الراية (٥٩٠/٣).

بَعْدَ الفَرَاغِ جَدَّدَ الدَّعْوَةَ وَقَدْ قَدَّمْنَاهُ».

وَقَوْلُهُ (**أَغَارَ عَلى بَنِي المُصْطَلِقِ**) أيْ أخْرَجَهُمْ مِنْ خَبَائِهِمْ بِهُجُومِهِ عَلَيْهِمْ (**وَهُمْ غَارُّونَ**) أيْ غَافِلُونَ. وَأُبْنَى عَلى وَزْنِ حُبْلى مَوْضِعٌ بِالشَّامِ، وَقِيلَ اسْمُ قَبِيلَةٍ (**وَالغَارَةُ لا تَكُونُ بِدَعْوَةٍ**) لأنَّ فِيهَا سَتْرَ الأَمْرِ وَالإِسْرَاعَ، لأَنَّهَا اسْمُ مَصْدَرٍ لِلإِغَارَةِ التي هِيَ مَصْدَرُ أَغَارَ الثَّعْلَبُ أَوْ الفَرَسُ إِغَارَةً وَغَارَةً: إذَا أَسْرَعَ فِي العَدْوِ. وَقَوْلُهُ (**البُوَيْرَةُ**) على وَزْنِ الدُّوَيْرَةِ مُصَغَّرُ الدَّارِ وَالكَبْتُ هُوَ الذُّلُّ وَالهَوَانُ.

وَقَوْلُهُ (**وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ أَسِيرٌ مُسْلِمٌ أَوْ تَاجِرٌ**) رُدَّ لِمَا قَالَهُ الحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ أَنَّهُ إذَا عَلِمَ أنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا وَأَنَّهُ يَتْلفُ بِهَذَا الصُّنْعِ لَمْ يَحِل لهُ ذَلكَ لأنَّ **الإِقْدَامَ عَلى قَتْلِ المُسْلِمِ** حَرَامٌ وَتَرْكُ قَتْلِ الكَافِرِ جَائِزٌ؛ أَلا يُرَى أنَّ **لِلإِمَامِ أَنْ لا يَقْتُلَ الأَسَارَى لِمَنْفَعَةِ المُسْلِمِينَ** فَكَانَ مُرَاعَاةُ جَانِبِ المُسْلِمِ أَوْلى مِنْ هَذَا الوَجْهِ (**وَقُلنَا فِي رَمْيِهِمْ دَفْعُ الضَّرَرِ العَامِّ بِالذَّبِّ عَنْ بَيْضَةِ الإِسْلامِ**) أيْ مُجْتَمَعِه لِلشَّبَهِ المَعْنَوِيِّ بَيْنَهَا وَبَيْنَ بَيْضَةِ النَّعَامَةِ وَغَيْرِهَا، لأنَّ البَيْضَةَ مُجْتَمَعُ الوَلَدِ (**وَقَتْلُ الأَسِيرِ وَالتَّاجِرِ ضَرَرٌ خَاصٌّ**) وَإِذَا اجْتَمَعَا يُقَدَّمُ دَفْعُ الضَّرَرِ العَامِّ عَلى الخَاصِّ (**وَلأَنَّهُ قَلمَا يَخْلُو حِصْنٌ مِنْ حُصُونِهِمْ عَنْ مُسْلِمٍ**) أَسِيرٍ أَوْ تَاجِرٍ (**فَلوْ امْتَنَعَ**) عَنْ الرَّمْيِ (**بِاعْتِبَارِهِ لانْسَدَّ بَابُهُ**) أيْ بَابُ الجِهَادِ. وَقَوْلُهُ (**لِمَا بَيَّنَّا**) إشَارَةٌ إلى قَوْلِه لأنَّ فِي الرَّمْيِ دَفْعَ الضَّرَرِ العَامِّ إلخْ.

وَقَوْلُهُ (**وَمَا أَصَابُوهُ مِنْهُمْ لا دِيَةَ عَلَيْهِمْ وَلا كَفَّارَةَ**) يَعْنِي عِنْدَنَا. وَقَال الحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ؛ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِيه الدِّيَةُ وَالكَفَّارَةُ لأنَّ هَذَا هُوَ عَيْنُ صُورَةِ قَتْلِ الخَطَإِ لأَنَّهُ يَقْصِدُ بِالرَّمْيِ الكَافِرَ فَيُصِيبُ المُسْلمَ. وَالجَوَابُ أَنَّهُ إذَا كَانَ عَالِمًا بِحَقِيقَة حَال مَنْ يُصِيبُهُ عِنْدَ الرَّمْيِ لَمْ يَكُنْ فِعْلُهُ خَطَأً بَل كَانَ مُبَاحًا مَحْضًا، وَلا دِيَةَ وَلا كَفَّارَةَ فِيه. وَلنَا أَنَّ الجِهَادَ فَرْضٌ وَكُلُّ مَا هُوَ فَرْضٌ (فَالغَرَامَاتُ لا تُقْرَنُ بِه) لأنَّ الفَرْضَ مَأْمُورٌ بِهِ لا مَحَالةَ، وَسَبَبُ الغَرَامَات عُدْوَانٌ مَحْضٌ مَنْهِيٌّ عَنْهُ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ.

فَإِنْ قِيل: هَذَا تَعْلِيلٌ فِي مُعَارَضَة قَوْله ﷺ: «**لَيسَ فِي الإِسْلام دَمٌ مُفْرَجٌ**» أيْ مُهْدَرٌ، وَالتَّعْليلُ فِي مُقَابلة النَّصِّ بَاطِلٌ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ عَامٌّ خَصَّ مِنْهُ البُغَاةَ وَقُطَّاعَ الطَّرِيقِ فَتُخَصُّ صُورَةُ النِّزَاعِ بِمَا قُلنَاهُ، وَفِيه نَظَرٌ لأنَّ القِرَانَ شَرْطٌ وَهُوَ مَمْنُوعٌ. وَأَقُولُ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**لَيْسَ فِي الإِسْلامِ**» مَعْنَاهُ فِي دَارِ الإِسْلامِ. وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ

بِدَارِ الإِسْلامِ وَقَوْلُهُ (بِخلاف حَالة المَخْمَصَة) جَوَابٌ عَمَّا قَاسَ عَلَيْه الحَسَنُ، وَقَال: إطْلاقُ الرَّمْيِ لِضَرُورَةِ إقَامَةِ الجِهَادِ لا يَنْفِي الضَّمَانَ كَتَنَاوُلِ مَالِ الغَيْرِ حَالةَ المَخْمَصَةِ يُطْلَقُ لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ وَيَجِبُ الضَّمَانُ. وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ أَنَّ الجَائِعَ يُقَدِّمُ عَلَى التَّنَاوُلِ عِنْدَ دَفْعِ الخَطَرِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ ضَمَانٌ (لِمَا فِيهِ مِنْ إحْيَاءِ نَفْسِه) وَهُوَ مَنْفَعَةٌ عَظِيمَةٌ يَتَحَمَّلُ بِسَبَبِهَا ضَرَرَ الضَّمَانِ

(أَمَّا الجِهَادُ فَمَبنِيٌّ عَلَى إتلافِ النَّفسِ) أَي نَفسِ سَوَادِ الكُفَّارِ وَقَد يَكُونُ فِيهَا مُسلِمٌ، فَلَو وَجَبَ الضَّمَانُ بِقِتَالِهِم لامتَنَعُوا عَن الجِهَادِ الذِي هُوَ فَرضٌ وَذَلكَ لا يَجُوزُ، كَمَا لا يَجُوزُ إيجَابُ الدِّيَةِ وَالكَفَّارَةِ عَلى الإِمَامِ فِيمَا إذَا مَاتَ الزَّانِي البِكرُ مِن الجَلدِ لِئَلا يَمتَنِعَ القَاضِي عَن تَقَلُّدِ القَضَاءِ، وَيَجُوزُ أَن يَكُونَ مَعنَاهُ الجِهَادَ مَبنِيٌّ عَلى إتلافِ النَّفسِ مُطلقًا لأنَّ المُجَاهِدَ إمَّا أَن يَقتُلَ وَقَد يُصَادِفُ المُسلمَ أَو يُقتَلَ، فَلو أَلزَمنَا الضَّمَانَ امتَنَعَ عَن الجِهَادِ الفَرضِ لِكَونِهِ خَاسِراً فِي كِلتَا الحَالتَينِ، بِخِلافِ مَا إذَا لم يَضمَن. وَقَولُهُ (حِذَارَ الضَّمَانِ) مَنصُوبٌ عَلى المَفعُولِ لهُ.

قَال (وَلا بَأسَ بِإِخرَاجِ النِّسَاءِ وَالمَصَاحِفِ مَعَ المُسلمِينَ إذَا كَانُوا عَسكَرًا عَظِيمًا يُؤمَنُ عَليهِ) لأنَّ الغَالبَ هُوَ السَّلامَةُ وَالغَالبُ كَالمُتَحَقِّقِ (وَيُكرَهُ إخرَاجُ ذَلكَ فِي سَرِيَّةٍ لا يُؤمَنُ عَليهَا) لأنَّ فِيهِ تَعرِيضَهُنَّ عَلى الضَّيَاعِ وَالفَضِيحَةِ وَتَعرِيضَ المَصَاحِفِ عَلى الاستِخفَافِ فَإِنَّهُم يَستَخِفُّونَ بِهَا مُغَايَظَةً لِلمُسلمِينَ، وَهُوَ التَّأوِيلُ الصَّحِيحُ لِقَولِه عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا تُسَافِرُوا بِالقُرآنِ فِي أَرضِ العَدُوِّ»[1] وَلو دَخَلَ مُسلمٌ إليهِم بِأَمَانٍ لا بَأسَ بِأَن يَحمِلَ مَعَهُ المُصحَفَ إذَا كَانُوا قَومًا يَفُونَ بِالعَهدِ لأنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّعَرُّضِ، وَالعَجَائِزُ يَخرُجنَ فِي العَسكَرِ العَظِيمِ لإِقَامَةِ عَمَلٍ يَلِيقُ بِهِنَّ كَالطَّبخِ وَالسَّقيِ وَالمُدَاوَاةِ، فَأَمَّا الشَّوَابُّ فَمَقَامُهُنَّ فِي البُيُوتِ أَدفَعُ لِلفِتنَةِ، وَلا يُبَاشِرنَ القِتَالَ لأنَّهُ يُستَدَلُّ بِهِ عَلى ضَعفِ المُسلمِينَ إلا عِندَ ضَرُورَةٍ، وَلا يُستَحَبُّ إخرَاجُهُنَّ لِلمُبَاضَعَةِ وَالخِدمَةِ، فَإِن كَانُوا لا بُدَّ مُخرِجِينَ فَبِالإِمَاءِ دُونَ الحَرَائِرِ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٩٩٠)، ومسلم في الإمارة (٩٢، ٩٣، ٩٤)، وانظر نصب الراية (٣/٥٩١).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَلا بَأْسَ بِإِخْرَاجِ النِّسَاءِ وَالْمَصَاحِفِ**) كَلامُهُ وَاضِحٌ سِوَى مَا نُنَبِّهُ عَلَيْه. السَّرِيَّةُ عَدَدٌ قَلِيلٌ يَسِيرُونَ بِاللَّيْلِ وَيَكْمُنُونَ بِالنَّهَارِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أَقَلُّ السَّرِيَّةِ مائَةٌ. وَقَال مُحَمَّدٌ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ: أَفْضَلُ مَا يُبْعَثُ فِي السَّرِيَّةِ أَدْنَاهُ ثَلاثَةٌ، وَلَوْ بَعَثَ بِمَا دُونَهُ جَازَ. وَقَال الحَسَنُ بْنُ زِيَاد مِنْ قَوْل نَفْسِه: أَقَلُّ السَّرِيَّةِ أَرْبَعُمائَة، وَأَقَلُّ الجَيْشِ أَرْبَعَةُ آلاف. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ التَّأْوِيلُ الصَّحِيحُ لِقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**لا تُسَافِرُوا بِالقُرْآنِ فِي أَرْضِ العَدُوِّ**») رَوَاهُ ابْنُ عُمَرَ، وَأَمَّا قَيْدُ التَّأْوِيل بِالصَّحِيحِ احْتِرَازًا عَمَّا قَالَ أَبُو الحَسَنِ القُمِّيُّ: النَّهْيُ كَانَ فِي ابْتِدَاءِ الإِسْلامِ عِنْدَ قِلة المَصَاحِف، وَكَذَا رُوِيَ عَنْ الطَّحَاوِيِّ.

(وَلا تُقَاتِلُ المَرْأَةُ إلا بِإِذنِ زَوجِهَا وَلا العَبدُ إلا بِإِذنِ سَيِّدِهِ) لَمَا بَيَّنَّا (إلا أن يَهجُمَ العَدُوُّ عَلى بَلَدٍ لِلضَّرُورَةِ).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى قَوْلِه فِي البَابِ السَّابِقِ لِتَقَدُّمِ حَقِّ المَوْلى وَالزَّوْجِ. وَقَوْلُهُ (**إلا أَنْ يَهْجُمَ**) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِه لا تُقَاتِل: يَعْنِي **عِنْدَ الضَّرُورَة يُقَاتِلُونَ** لأَنَّ الجِهَادَ حِينَئِذٍ يَصِيرُ فَرْضَ عَيْنٍ وَلا يَظْهَرُ حَقُّ المَوْلى وَالزَّوْجِ عِنْدَهُ.

وَيَنبَغِي لِلمُسلمِينَ أَن لا يَغدِرُوا وَلا يَغلُوا وَلا يُمَثِّلُوا لِقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا تَغلُو وَلا تَغدِرُوا وَلا تُمَثِّلُوا»[1] وَالغُلُولُ: السَّرِقَةُ مِن المَغنَمِ، وَالغَدرُ: الخِيَانَةُ وَنَقضُ العَهدِ، وَالمُثلَةُ المَروِيَّةُ فِي قِصَّةِ العُرَنِيِّينَ مَنسُوخَةٌ بِالنَّهيِ المُتَأَخِّرِ هُوَ المَنقُولُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالمُثْلَةُ المَرْوِيَّةُ) يُقَالُ مَثَّلت بِالرَّجُل أُمَثِّلُ به مَثَلا وَمُثْلَةً إِذَا سَوَّدْت وَجْهَهُ أَوْ قَطَعْت أَنْفَهُ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَقِصَّةُ مُثْلة العُرَنِيِّينَ مَشْهُورَةٌ وَقَدْ انْتُسِخَتْ بِالنَّهْيِ المُتَأَخِّرِ. رَوَى عِمْرَانُ بْنُ الحُصَيْنِ «أَنَّ رَسُول الله ﷺ مَا قَامَ فِينَا خَطِيبًا بَعْدَمَا مُثِّل بِالعُرَنِيِّينَ إلا كَانَ يَحُثُّنَا عَلى الصَّدَقَةِ وَيَنْهَانَا عَنْ المُثْلة» فَتَخْصِيصُهُ بِالذِّكْرِ فِي كُل خُطْبَةٍ دَليلٌ عَلى تَأْكِيدِ الحُرْمَةِ.

---

(١) سبق تخريجه في حديث بريدة.

(وَلا يَقتُلُوا امرَأَةً وَلا صَبِيًّا وَلا شَيخًا فَانِيًا وَلا مُقعَدًا وَلا أعمَى) لأنَّ المُبِيحَ للقَتل عِندَنَا هُوَ الحِرَابُ وَلا يَتَحقَّقُ مِنهُم، وَلِهَذَا لا يُقتَلُ يَابِسُ الشِّقِّ وَالمَقطُوعُ اليُمنَى وَالمَقطُوعُ يَدُهُ وَرِجلُهُ مِن خِلافٍ. وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى عَلَيهِ يُخَالِفُنَا فِي الشَّيخِ الفَانِي وَالمُقعَدِ وَالأعمَى لأنَّ المُبِيحَ عِندَهُ الكُفرُ وَالحُجَّةُ عَلَيهِ مَا بَيَّنَّا، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن قَتلِ الصِّبيَانِ وَالذَّرَارِيِّ»[1] «وَحِينَ رَأَى رَسُولُ اللهِ ﷺ امرَأَةً مَقتُولَةً قَالَ: هَاه، مَا كَانَت هَذِهِ تُقَاتِلُ فَلِمَ قُتِلت؟»[2] قَالَ (إلا أَن يَكُونَ أَحَدُ هَؤُلاءِ مِمَّن لَهُ رَأيٌ فِي الحَربِ أَو تَكُونَ المَرأَةُ مَلِكَةً) لِتَعَدِّي ضَرَرِهَا إلى العِبَادِ، وَكَذَا يُقتَلُ مَن قَاتَلَ مِن هَؤُلاءِ دَفعًا لِشَرِّهِ، وَلأنَّ القِتَال مُبِيحٌ حَقِيقَةً.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا شَيْخًا فَانِيًا) قَال فِي الذَّخِيرَة: هَذَا الجَوَابُ فِي الشَّيْخِ الكَبِيرِ الفَانِي الذِي لا يَقْدِرُ عَلَى القِتَال وَلا عَلَى الصِّيَاحِ عِنْدَ التِقَاءِ الصَّفَّيْنِ وَلا يَقْدِرُ عَلَى الإحْبَال وَلا يَكُونُ مِنْ أَهْلِ الرَّأْيِ وَالتَّدْبِيرِ، أَمَّا إذَا كَانَ يَقْدِرُ عَلَى ذَلكَ يُقْتَلُ لأَنَّهُ بِقِتَاله مُحَارِبٌ وَبِصِيَاحِهِ مُحَرِّضٌ عَلَى القِتَال وَبِالإحْبَال يَكْثُرُ المُحَارِبُ، وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المُبِيحَ عِنْدَهُ) أَيْ لِلقِتَال هُوَ (الكُفْرُ) وَعِنْدَنَا هُوَ الحِرَابُ. وَقَوْلُهُ (مَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى قَوْله وَلِهَذَا **لا يُقتَلُ يَابِسُ الشِّقِّ** وَهُوَ المَفْلُوجُ. قِيل وَالمُرَادُ بِالذَّرَارِيِّ هُنَا النِّسَاءُ. وَقَوْلُهُ (هَاهْ) كَلِمَةُ تَنْبِيه أُلحِقَتْ بِآخِرِهَا هَاءُ السَّكْت (قَوْلُهُ إلا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هَؤُلاء مِمَّنْ لَهُ رَأْيٌ فِي الحَرْب) لَمَا صَحَّ «أَنَّ رَسُول الله ﷺ قَتَل دُرَيْدَ بْنَ الصِّمَّة وَكَانَ ابْنَ مِائَة وَعِشْرِينَ سَنَةً» وَفِي رِوَايَةٍ «ابْنَ مِائَة وَسِتِّينَ سَنَةً» لأَنَّهُ كَانَ صَاحِبَ رَأْيٍ

(وَلا يَقتُلُ مَجنُونًا) لأنَّهُ غَيرُ مُخَاطَبٍ إلا أَن يُقَاتِل فَيُقتَل دَفعًا لِشَرِّهِ، غَيرَ أَنَّ الصَّبِيَّ وَالمَجنُونَ يُقتَلانِ مَا دَامَا يُقَاتِلانِ، وَغَيرُهُمَا لا بَأسَ بِقَتلِهِ بَعدَ الأَسرِ لأنَّهُ مِن أَهلِ العُقُوبَةِ لِتَوَجُّهِ الخِطَابِ نَحوَهُ، وَإِن كَانَ يُجَنُّ وَيُفِيقُ فَهُوَ فِي حَال إفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ.

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد باب ١٤٧، ١٤٨، ومسلم في الجهاد (٢٥، ٢٦)، وانظر نصب الراية (٥٩٣/٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٦٦٩)، وأحمد (٤٨٨/٣)، والحاكم (١٢٢/٢)، وانظر نصب الراية (٥٩٥/٣).

الشرح:

(قَوْلُهُ فَهُوَ فِي حَال إفَاقَته كَالصَّحِيحِ) يَعْنِي يُقْتَلُ سَوَاءٌ قَاتَل أَوْ لَمْ يُقَاتِل كَالصَّحِيحِ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِل، لكِنَّهُ إنَّمَا يُقْتَلُ فِي حَال إفَاقَته لأَنَّهُ مِمَّنْ يُقَاتِلُ وَيُخَاطَبُ.

(وَيُكرَهُ أَن يَبتَدِئَ الرَّجُلُ أَبَاهُ مِن المُشرِكِينَ فَيَقتُلَهُ) لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ [لقمان: ١٥] وَلأَنَّهُ يَجِبُ عَليهِ إحيَاؤُهُ بِالإنفَاقِ فَيُنَاقِضُهُ الإطلاقُ فِي إفنَائِهِ (فَإِن أَدرَكَهُ امتَنَعَ عَليهِ حَتَّى يَقتُلهُ غَيرُهُ) لأَنَّ المَقصُودَ يَحصُلُ بِغَيرِهِ مِن غَيرِ اقتِحَامِهِ المَأثَمَ، وَإِن قَصَدَ الأبُ قَتلهُ بِحَيثُ لا يُمكِنُهُ دَفعُهُ إلا بِقَتلِهِ لا بَأسَ بِهِ؛ لأَنَّ مَقصُودَهُ الدَّفعُ، أَلا تَرَى أَنَّهُ لو شَهَرَ الأَبُ المُسلمُ سَيفَهُ عَلى ابنِهِ وَلا يُمكِنُهُ دَفعُهُ إلا بِقَتلِهِ يَقتُلهُ لِمَا بَيَّنَّا فَهَذَا أَولى، وَاَللهُ تَعَالى أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ) أَيْ يَقِفُ عِنْدَهُ وَيُعَالِجُهُ فَيَضْرِبُ قَوَائِمَ فَرَسِهِ وَنَحْوَ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلَى قَوْله لأَنَّ مَقْصُودَهُ الدَّفْعُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ .

بَابُ المُوَادَعَةِ وَمَن يَجُوزُ أَمَانُهُ

(وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ أَن يُصَالِحَ أَهل الحَربِ أَو فَرِيقًا مِنهُم وَكَانَ ذَلكَ مَصلحَةً لِلمُسلِمِينَ فَلا بَأسَ بِهِ) لقَولِهِ تَعَالى: ﴿ وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ ﴾ [الأنفال: ٦١] «وَوَادَعَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَهل مَكَّةَ عَامَ الحُدَيبِيَةِ عَلى أَن يَضَعَ الحَربَ بَينَهُ وَبَينَهُم عَشرَ سِنِينَ»(١)، وَلأَنَّ المُوَادَعَةَ جِهَادٌ مَعنًى إذَا كَانَ خَيرًا لِلمُسلِمِينَ لأَنَّ المَقصُودَ وَهُوَ دَفعُ الشَّرِّ حَاصِلٌ بِهِ، وَلا يُقتَصَرُ الحُكمُ عَلى المُدَّةِ المَروِيَّةِ لِتَعَدِّي المَعنَى إلى مَا زَادَ عَليهَا، بِخِلافِ مَا إذَا لم يَكُن خَيرًا؛ لأَنَّهُ تَركَ الجِهَادَ صُورَةً وَمَعنًى (وَإِن صَالحَهُم مُدَّةً ثُمَّ رَأَى نَقضَ الصُّلحِ أَنفَعَ نَبَذَ إليهِم وَقَاتَلهُم) «لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَبَذَ المُوَادَعَةَ التِي كَانَت بَينَهُ وَبَينَ أَهل مَكَّةَ»(٢)، وَلأَنَّ المَصلحَةَ لمَّا تَبَدَّلت كَانَ النَّبذُ جِهَادًا وَإِيفَاءُ العَهدِ تَركُ الجِهَادِ صُورَةً وَمَعنًى، وَلا بُدَّ مِن النَّبذِ تَحَرُّزًا عَن الغَدرِ، وَقَد قَال عَليهِ الصَّلاةُ

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٦٦)، وانظر نصب الراية (٣/٥٩٦).

(٢) أخرجه البيهقي في دلائل النبوة، وانظر نصب الراية (٣/٥٩٧).

وَالسَّلامُ: «فِي العُهُودِ وَفَاءٌ لا غدرٌ»[(١)] وَلا بُدَّ مِن اعتِبَارِ مُدَّةٍ يَبلُغُ فِيهَا خَبَرُ النَّبذِ إلى جَمِيعِهِم، وَيَكتَفِي فِي ذَلكَ بِمُضِيِّ مُدَّةٍ يَتَمكَّنُ مَلكُهُم بَعدَ عِلمِهِ بِالنَّبذِ مِن إنفَاذِ الخَبَرِ إلى أَطرَافِ مَملكَتِهِ؛ لأَنَّ بِذَلكَ يَنتَفِي الغَدرُ. قَال (وَإِنْ بَدَءُوا بِخِيَانَةٍ قَاتَلهُم وَلم يُنبِذ إليهِم إذَا كَانَ ذَلكَ بِاتِّفَاقِهِم) لأَنَّهُم صَارُوا نَاقِضِينَ للعَهدِ فَلا حَاجَةَ إلى نَقضِهِ بِخِلافِ مَا إذَا دَخَل جَمَاعَةٌ مِنهُم فَقَطَعُوا الطَّرِيقَ وَلا مَنَعَةَ لهُم حَيثُ لا يَكُونُ هَذَا نَقضًا للعَهدِ، وَلو كَانَت لهُم مَنَعَةٌ وَقَاتَلُوا المُسلمِينَ عَلانِيَةً يَكُونُ نَقضًا للعَهدِ فِي حَقِّهِم دُونَ غَيرِهِم؛ لأَنَّهُ بِغَيرِ إذنِ مَلكِهِم فَفِعلُهُم لا يُلزِمُ غَيرَهُم حَتَّى لو كَانَ بِإِذنِ مَلكِهِم صَارُوا نَاقِضِينَ للعَهدِ لأَنَّهُ بِاتِّفَاقِهِم مَعنًى.

الشرح:

(بَابُ الْمُوَادَعَة وَمَن يَجُوزُ أَمَانُهُ): وَالْمُوَادَعَةُ الْمُصَالحَةُ، وَسُمِّيَتْ بِهَا لأَنَّهَا مُتَارَكَةٌ وَهِيَ مِنْ الوَدْعِ وَهُوَ التَّرْكُ، وَذِكْرُ تَرْكِ القِتَال بَعْدَ ذِكْرِ القِتَال ظَاهِرُ المُنَاسَبَة (**قَوْلُهُ وَكَانَ ذَلكَ مَصْلحَةً**) قيل عَليْه بِأَنَّ قَوْله تَعَالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ﴾ [الأنفال: ٦١] لَيْسَ بِمُقَيَّد بِالمَصْلحَة فَكَانَ الاسْتِدْلال به مُخَالفًا للمُدَّعِي. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذه الآيَةَ مَحْمُولةٌ عَلَى مَا إذَا كَانَتْ فِي المُصَالحَة مَصْلحَةٌ للمُسْلمِينَ بِدَليل آيَةٍ أُخْرَى وَهِيَ قَوْله تَعَالى: ﴿فَلَا تَهِنُواْ وَتَدْعُوٓاْ إِلَى ٱلسَّلْمِ وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ﴾ [محمد: ٣٥] وَبِدَليل الآيَات المُوجِبَة للقِتَال وَإِلا لزِمَ التَّنَاقُضُ لِمَا أَنَّ مُوجِبَ الأَمْرِ بِالقِتَال مُخَالفٌ لمُوجِبِ الأَمْرِ بِالمُصَالحَة فَلا بُدَّ مِنْ التَّوْفِيقِ بَيْنَهُمَا وَهُوَ بِمَا ذَكَرْنَا بِدَليل «مُوَادَعَة رَسُول الله ﷺ أَهْل مَكَّةَ» عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب (وَلا يَقْتَصِرُ الحُكْمُ عَلى المُدَّة المَرْوِيَّة) وَهِيَ عَشْرُ سِنِينَ فَكَانَتْ هَذه المُدَّةُ المَرْوِيَّةُ مِنْ المُقَدَّرَات التي لا تَمْنَعُ الزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ لأَنَّ **مُدَّةَ المُوَادَعَة** تَدُورُ مَعَ المَصْلحَة وَهِيَ قَدْ تَزِيدُ وَقَدْ تَنْقُصُ.

وَقَوْلُهُ (**لتَعَدِّي المَعْنَى**) وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ. وَقَوْلُهُ (**بخلاف مَا إذَا لَمْ يَكُنْ خَيْرًا**) حَيْثُ لا يَجُوزُ للإِمَام أَنْ يُوَادِعَهُمْ عَمَلا بِقَوْله تَعَالى: ﴿فَلَا تَهِنُواْ وَتَدْعُوٓاْ إِلَى ٱلسَّلْمِ﴾ [محمد: ٣٥] وَلأَنَّ المُوَادَعَةَ تَرْكُ الجِهَادِ صُورَةً وَمَعْنًى، أَمَّا صُورَةً فَظَاهِرٌ حَيْثُ تَرَكُوا

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٥٩٨/٣): هكذا وقع في الكتاب، والموجود في كتب الحديث موقوفا من كلام عمرو بن عنبسة.

القِتَال، وَأَمَّا مَعْنًى فَلأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِلمُسْلِمِينَ لَمْ يَكُنْ فِي تِلْكَ المُوَادَعَةِ دَفْعُ الشَّرِّ فَلَمْ يَحْصُلِ الجِهَادُ مَعْنًى أَيْضًا. وَقَوْلُهُ نَبَذَ إِلَيْهِمْ. نَبَذَ الشَّيْءَ مِنْ يَدِهِ: طَرَحَهُ وَرَمَى بِهِ نَبْذًا وَنَبَذَ العَهْدَ نَقَضَهُ، وَهُوَ مِنْ ذَلِكَ لأَنَّهُ طَرْحٌ لَهُ. وَقَوْلُهُ (نَبَذَ إِلَيْهِمْ) أَيْ بَعَثَ إِلَيْهِمْ مَنْ يُعْلِمُهُمْ بِنَقْضِ العَهْدِ. وَقَوْلُهُ ﷺ: «**فِي العُهُودِ وَفَاءٌ لا غَدْرٌ**» أَيْ هِيَ وَفَاءٌ. (قَوْلُهُ وَلا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ مُدَّةٍ إلخ) قَال اللهُ تَعَالَى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨] أَيْ عَلَى سَوَاءٍ مِنْكُمْ وَمِنْهُمْ فِي العِلْمِ بِذَلِكَ، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ لا يَحِلُّ قِتَالُهُمْ قَبْلَ النَّبْذِ وَقَبْلَ أَنْ يَعْلَمُوا بِذَلِكَ لِيَعُودُوا إِلَى مَا كَانُوا عَلَيْهِ مِنْ التَّحَصُّنِ وَكَانَ ذَلِكَ لِلتَّحَرُّزِ عَنْ الغَدْرِ.

(وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ مُوَادَعَةَ أَهلِ الحَربِ وَأَن يَأخُذَ عَلَى ذَلكَ مَالا فَلا بَأسَ بِهِ) لأَنَّهُ لَمَّا جَازَت المُوادَعَةُ بِغَيرِ المَال فَكَذَا بِالمَال، لكِن هَذَا إِذَا كَانَ بِالمُسلمِينَ حَاجَةٌ، أَمَّا إِذَا لم تَكُن لا يَجُوزُ لمَا بَيَّنَّا مِن قَبلُ، وَالمَأخُوذُ مِن المَال يُصرَفُ مَصَارِفَ الجِزيَةِ، هَذَا إِذَا لم يَنزِلُوا بِسَاحَتِهِم بَل أَرسَلُوا رَسُولا؛ لأَنَّهُ فِي مَعنَى الجِزيَةِ، أَمَّا إِذَا أَحَاطَ الجَيشُ بِهِم ثُمَّ أَخَذُوا المَال فَهُوَ غَنِيمَةٌ يُخَمِّسُهَا وَيُقَسِّمُ البَاقِيَ بَينَهُم لأَنَّهُ مَأخُوذٌ بِالقَهرِ مَعنًى (وَأَمَّا المُرتَدُّونَ فَيُوَادِعُهُم الإِمَامُ حَتَّى يَنظُرَ فِي أَمرِهِم) لأَنَّ الإِسلامَ مَرجُوٌّ مِنهُم فَجَازَ تَأخِيرُ قِتَالِهِم طَمَعًا فِي إِسلامِهِم (وَلا يَأخُذُ عَليهِ مَالا) لأَنَّهُ لا يَجُوزُ أَخذُ الجِزيَةِ مِنهُم لمَا نُبَيِّنُ (وَلو أَخَذَهُ لم يَرُدَّهُ) لأَنَّهُ مَالٌ غَيرُ مَعصُومٍ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي قَوْلَهُ إِنَّهُ تَرْكُ الجِهَادِ صُورَةً وَمَعْنًى. وَقَوْلُهُ (إِذَا لَمْ يَنْزِلُوا بِسَاحَتِهِمْ) أَيْ إِذَا لَمْ يَنْزِلِ المُسْلِمُونَ بِدَارِ الكُفَّارِ لِلحَرْبِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ مَأْخُوذٌ بِالقَهْرِ مَعْنًى) يَعْنِي فَيَكُونُ كَالمَأْخُوذِ قَهْرًا صُورَةً وَمَعْنًى، وَهُوَ المَأْخُوذُ بَعْدَ الفَتْحِ بِالقِتَالِ.

وَلو حَاصَرَ العَدُوُّ المُسلمِينَ وَطَلَبُوا المُوَادَعَةَ عَلَى مَالٍ يَدفَعُهُ المُسلمُونَ إِليهِم لا يَفعَلُهُ الإِمَامُ لمَا فِيهِ مِن إِعطَاءِ الدَّنِيَّةِ وَإِلحَاقِ المَذَلةِ بِأَهلِ الإِسلامِ إِلا إِذَا خَافَ الهَلاكَ، لأَنَّ دَفعَ الهَلاكِ وَاجِبٌ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمكِنُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لِمَا فِيهِ مِنْ إِعْطَاءِ الدَّنِيَّةِ) أَيْ النَّقِيصَةِ. وَقَوْلُهُ (إِلا إِذَا خَافَ الهَلاكَ) يَعْنِي

عَلى نَفْسِهِ وَنَفْسِ سَائِرِ المُسْلِمِينَ، فَحِينَئِذٍ لا بَأْسَ بِدَفْعِ المَالِ؛ لمَا رُوِيَ «أَنَّ المُشْرِكِينَ لَمَّا أَحَاطُوا بِالخَنْدَقِ وَصَارَ المُسْلِمُونَ إلى مَا أَخْبَرَ اللهُ عَنْهُمْ بِقَوْلِهِ تَعَالى» هُنَالِكَ ٱبْتُلِيَ المُؤْمِنُونَ وَزُلْزِلُوا زِلْزَالا شَدِيدًا «بَعَثَ رَسُولُ اللهِ ﷺ إلى عُيَيْنَةَ بْنِ حِصْنٍ وَطَلَبَ مِنْهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَنْ مَعَهُ عَلى أَنْ يُعْطِيَهُ فِي كُلِ سَنَةٍ ثُلُثَ ثِمَارِ المَدِينَةِ، فَأَبَى إلا النِّصْفَ، فَلمَّا حَضَرَ رُسُلُهُ لِيَكْتُبُوا بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللهِ ﷺ قَامَ سَيِّدَا الأَنْصَارِ سَعْدُ بْنُ مُعَاذٍ وَسَعْدُ بْنُ عُبَادَةَ وَقَالا: يَا رَسُولَ اللهِ إنْ كَانَ عَنْ وَحْيٍ فَامْضِ لمَا أُمِرْت بِهِ، وَإِنْ كَانَ رَأْيًا رَأَيْته فَقَدْ كُنَّا نَحْنُ وَهُمْ فِي الجَاهِلِيَّةِ لمْ يَكُنْ لنَا وَلا لهُمْ دِينٌ وَكَانُوا لا يَطْمَعُونَ فِي ثِمَارِ المَدِينَةِ إلا بِشِرَاءٍ أَوْ قِرًى؛ فَإِذَا أَعَزَّنَا اللهُ بِالدِّينِ وَبَعَثَ إِلَيْنَا رَسُولَهُ نُعْطِيهِمْ الدَّنِيَّةَ، لا نُعْطِيهِمْ إلا السَّيْفَ، فَقَال عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **إنِّي رَأَيْت العَرَبَ رَمَتْكُمْ عَنْ قَوْسٍ وَاحِدَةٍ فَأَحْبَبْت أَنْ أَصْرِفَهُمْ عَنْكُمْ، فَإِنْ أَبَيْتُمْ ذَلكَ فَأَنْتُمْ وَذَاكَ، اذْهَبُوا فَلا نُعْطِيكُمْ إلا السَّيْفَ**» فَقَدْ مَال رَسُولُ اللهِ ﷺ إلى الصُّلحِ فِي الابْتِدَاءِ لمَّا أَحَسَّ الضَّعْفَ بِالمُسْلِمِينَ، فَحِينَ رَأَى القُوَّةَ فِيهِمْ بِمَا قَال السَّعْدَانُ امْتَنَعَ عَنْ ذَلكَ (قَوْلُهُ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمْكِنُ) قِيل فِي هَذَا التَّعْمِيمِ شُبْهَةٌ، وَهِيَ أَنَّهُ لوْ **لمْ يُمْكِنْ دَفْعُ الهَلاكِ عَنْ نَفْسِهِ إلا بِإِجْرَاءِ كَلمَةِ الكُفْرِ أَوْ بِقَتْلِ غَيْرِهِ أَوْ بِالزِّنَا**، فَإِنَّ دَفْعَ الهَلاكِ بِذَلكَ عَنْ نَفْسِهِ غَيْرُ وَاجِبٍ بَل هُوَ مُرَخَّصٌ فِيهِ حَتَّى لوْ قُتِل فِيهَا بِصَبْرِهِ عَنْهَا كَانَ شَهِيدًا. وَأُجِيبَ عَنْهَا بِأَنَّ مَعْنَى الكَلامِ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمْكِنُ سِوَى الأُمُورِ التِي رُخِّصَ فِيهَا وَلمْ يَجِبْ الإِقْدَامُ عَليْهَا. وَأَقُولُ: الوَاجِبُ بِمَعْنَى الثَّابِتِ فَتَنْدَفِعُ بِهِ أَيْضًا.

(وَلا يَنبَغِي أَن يُبَاعَ السِّلاحُ مِن أَهل الحَربِ وَلا يُجَهَّزُ إليهِم) لأَنَّ النَّبِيَّ عليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن بَيعِ السِّلاحِ مِن أَهل الحَربِ وَحَملِهِ إليهِم[1]، وَلأَنَّ فِيهِ تَقوِيَتَهُم عَلى قِتَال المُسلِمِينَ فَيُمنَعُ مِن ذَلكَ وَكَذَا الكُرَاعُ لمَا بَيَّنَّا، وَكَذَلكَ الحَدِيدُ لأَنَّهُ أَصلُ السِّلاحِ، وَكَذَا بَعدَ المُوَادَعَةِ؛ لأَنَّهَا عَلى شَرَفِ النَّقضِ أَو الانقِضَاءِ فَكَانُوا حَربًا عَلينَا، وَهَذَا هُوَ القِيَاسُ فِي الطَّعَامِ وَالثَّوبِ، إلا أَنَّا عَرَفنَاهُ بِالنَّصِّ «فَإِنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَمَرَ ثُمَامَةَ أَن يَمِيرَ أَهل مَكَّةَ وَهُم حَربٌ عَليهِ»[2].

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٥٩٩): غريب بهذا اللفظ.

(٢) أخرجه البيهقي في دلائل النبوة، وانظر نصب الراية (٣/٦٠٠).

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يُجَهِّزُ إِلَيْهِمْ) أَيْ لا يَبْعَثُ التُّجَّارَ إِلَيْهِمْ بِالجِهَازِ وَهُوَ فَاخِرُ المَتَاعِ، وَالمُرَادُ بِهِ هَاهُنَا السِّلاحُ وَالكُرَاعُ وَالحَدِيدُ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلَهُ وَلأَنَّ فِيهِ تَفْوِيتَهُمْ عَلَى قِتَالِ المُسْلِمِينَ وَيُقَالُ مَارَ أَهْلَهُ: أَيْ أَتَاهُمْ بِالطَّعَامِ.

فَصلٌ

(إذَا أَمَّنَ رَجُلٌ حُرٌّ أَو امرَأَةٌ حُرَّةٌ كَافِرًا أَو جَمَاعَةً أَو أَهل حِصنٍ أَو مَدِينَةٍ صَحَّ أَمَانُهُم وَلم يَكُن لأَحَدٍ مِن المُسلمِينَ قِتَالُهُم) وَالأَصلُ فِيهِ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «المُسلمُونَ تَتَكَافأُ دِمَاؤُهُم وَيَسعَى بِذِمَّتِهِم أَدنَاهُم»[1] أَي أَقَلُّهُم وَهُوَ الوَاحِدُ وَلأَنَّهُ مِن أَهل القِتَال فَيَخَافُونَهُ إذ هُوَ مِن أَهل المَنَعَةِ فَيَتَحَقَّقُ الأَمَانُ مِنهُ لمُلاقَاتِهِ مَحَلهُ ثُمَّ يَتَعَدَّى إلى غَيرِهِ، وَلأَنَّ سَبَبَهُ لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الإِيمَانُ، وَكَذَا الأَمَانُ لا يَتَجَزَّأُ فَيَتَكَامَلُ كَوِلايَةِ الإِنكَاحِ.

قَال (إلا أَن يَكُونَ فِي ذَلكَ مَفسَدَةٌ. فَيَنبِذُ إليهِم) كَمَا إذَا أَمَّنَ الإِمَامُ بِنَفسِهِ ثُمَّ رَأَى المَصلحَةَ فِي النَّبذِ وَقَد بَيَّنَّاهُ.

وَلو حَاصَرَ الإِمَامُ حِصنًا وَأَمِنَ وَاحِدٌ مِن الجَيشِ وَفِيهِ مَفسَدَةٌ يَنبِذُ الإِمَامُ لمَا بَيَّنَّا، وَيُؤَدِّبُهُ الإِمَامُ لافتِيَاتِهِ عَلى رَأيِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ فِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ رُبَّمَا تَفُوتُ المَصلحَةُ بِالتَّأخِيرِ فَكَانَ مَعذُورًا (وَلا يَجُوزُ أَمَانُ ذِمِّيٍّ) لأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِهِم، وَكَذَا لا وِلايَةَ لهُ عَلى المُسلمِينَ. قَال (وَلا أَسِيرٍ وَلا تَاجِرٍ يَدخُلُ عَليهِم) لأَنَّهُمَا مَقهُورَانِ تَحتَ أَيدِيهِم فَلا يَخَافُونَهُمَا وَالأَمَانُ يَختَصُّ بِمَحَل الخَوفِ وَلأَنَّهُمَا يُجبَرَانِ عَليهِ فِيهِ فَيَعرَى الأَمَانُ عَن المَصلحَةِ، وَلأَنَّهُم كُلمَا اشتَدَّ الأَمرُ عَليهِم يَجِدُونَ أَسِيرًا أَو تَاجِرًا فَيَتَخَلصُونَ بِأَمَانِهِ فَلا يَنفَتِحُ لنَا بَابُ الفَتحِ.

الشرح:

(فَصلٌ): لَمَّا كَانَ الأَمَانُ نَوْعًا مِنْ المُوَادَعَة لأَنَّ فِيه تَرْكَ القتَال كَالمُوَادَعَة ذَكَرَهُ فِي فَصْلٍ عَلَى حدَة وَكَلامُهُ وَاضحٌ. وَقَوْلُهُ (**وَيَسْعَى بِذمَّتِهِمْ**) أَيْ بِعَهْدِهِمْ وَأَمَانِهِمْ (**أَدْنَاهُمْ: أَيْ أَقَلُّهُمْ وَهُوَ الوَاحِدُ**) لأَنَّهُ لا أَقَل مِنْهُ، وَإِنَّمَا فَسَّرَ الأَدْنَى هَاهُنَا بِالأَقَل احْتِرَازًا عَنْ تَفْسِيرِ مُحَمَّدٍ حَيْثُ فَسَّرَهُ بِالعَبْدِ لأَنَّهُ جَعَلهُ مِنْ الدَّنَاءَة وَالعَبْدُ أَدْنَى

(١) أخرجه البخاري (٣١٧٢)، ومسلم في الحج (٤٦٧).

المُسْلمينَ. وَقَوْلُهُ وَلأَنَّهُ) أيْ وَلأَنَّ كُل وَاحد منَ الرَّجُل وَالمَرْأَة (**منْ أَهْل القتَال**) أَمَّا الرَّجُلُ فظَاهرٌ، وَأَمَّا المَرْأَةُ فَبالتَّسَبُّب بالمَال أَوْ العَبيد، وَأَمَّا قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**مَا كَانَتْ هَذه تُقَاتلُ**» مَعْنَاهُ بنَفْسهَا.

وَقَوْلُهُ (**لمُلاقَاته**) أَيْ لمُلاقَاة الأَمَان (**مَحَلَهُ**) لأَنَّ مَحَلهُ هُوَ مَحَلُّ الخَوْف وَهُوَ مَوْجُودٌ فيهمَا عَلى مَا ذَكَرْنَا. وَقَوْلُهُ (**ثُمَّ يَتَعَدَّى**) أَيْ الأَمَانُ (**إلى غَيْره**) أَيْ غَيْر الذي أَمنَ منْ أَهْل الإسْلام كَمَا في شَهَادَة رَمَضَانَ، فَإنَّ **الصَّوْمَ يَلزَمُ مَنْ شَهدَ برُؤْيَة الهلال** ثُمَّ يَتَعَدَّى منْهُ إلى غَيْره (**قَوْلُهُ وَلأَنَّ سَبَبَهُ لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الإيمَانُ**) أَيْ التَّصْديقُ بالقَلب (**فَكَذَا الأَمَانُ لا يَتَجَزَّأُ**) فَإذَا تَحَقَّقَ منْ البَعْض فَإمَّا أَنْ يَبْطُل أَوْ يَكْمُل، لا يَجُوزُ الأَوَّلُ بَعْدَ تَحَقُّق السَّبَب فَيَتَحَقَّقُ الثَّاني، كَمَا إذَا وُجدَ الإنْكَاحُ منْ بَعْض الأَوْليَاء المُتَسَاويَة في الدَّرَجَة صَحَّ النِّكَاحُ في حَقِّ الكُل لأَنَّ سَبَبَ ولايَته وَهُوَ القَرَابَةُ غَيْرُ مُتَجَزِّئ فَلا تَتَجَزَّأُ الولايَةُ فَكَذَلكَ هَاهُنَا.

وَاعْلَمْ أَنَّ المُصَنِّفَ اسْتَدَل بالمَعْقُول عَلى وَجْهَيْن: جَعَل المَنَاطَ في أَحَدهمَا كَوْنَ مَنْ يُعْطي الأَمَانَ ممَّنْ يَخَافُونَهُ وَفي الآخَر الإيمَانَ، وَالأَوَّلُ يَقْتَضي عَدَمَ جَوَاز **أَمَان العَبْد المَحْجُور وَالتَّاجر وَالأَسير**، وَالثَاني يَقْتَضي جَوَازَهُ، وَلوْ جَعَلهُمَا علةً وَاحدَةً بحَذْف الوَاو منْ الثَّاني ليَقَعَ علةً لقَوْله ثُمَّ يَتَعَدَّى إلى غَيْره كَانَ أَوْلى، وَيُمْكنُ أَنْ يَجْعَل الأَوَّل علةً وَالثَّانيَ شَرْطًا وَسَمَّاهُ سَبَبًا مَجَازًا، وَالشَّيْءُ يَبْقَى عَلى عَدَمه عنْدَ عَدَم شَرْطه وَسَيَجيءُ في كَلامه إشَارَةٌ إلى هَذَا. وَقَوْلُهُ (**إلا أَنْ يَكُونَ في ذَلكَ مَفْسَدَةٌ**) اسْتثْنَاءٌ منْ قَوْله صَحَّ أَمَانُهُمْ. وَقَوْلُهُ (**وَقَدْ بَيَّنَّاهُ**) يَعْني في بَاب المُوَادَعَة بقَوْله وَإنْ صَالحَهُمْ مُدَّةً إلخ وَإلَيْه أَيْضًا أَشَارَ بقَوْله (**لمَا بَيَّنَّا**) قيل قَوْلُهُ (**وَلوْ حَاصَرَ الإمَامُ حصْنًا وَأَمنَ وَاحدٌ منْ الجَيْش**) تَكْرَارٌ مَحْضٌ لأَنَّهُ عَلمَ ذَلكَ منْ قَوْله إلا أَنْ يَكُونَ في ذَلكَ مَفْسَدَةٌ. وَأَقُولُ: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلكَ قَبْل أَنْ يُحَاصرَ الإمَامُ وَهَذَا بَعْدَهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَعَادَهُ تَمْهيدًا وَتَوْطئَةً لقَوْله وَيُؤَدِّبُهُ الإمَامُ لافْتيَاته عَلى رَأْيه: أَيْ لسَبْقه عَلى رَأْي الإمَام، وَحَقيقَةُ الافْتيَات الاسْتبْدَادُ بالرَّأْي وَهُوَ افْتعَالٌ منْ الفَوْت وَهُوَ السَّبْقُ (**قَوْلُهُ وَلا يَجُوزُ أَمَانُ ذمِّيٍّ لأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بهمْ**) أَيْ بالكُفَّار للاتِّحَاد في الاعْتقَاد.

وَمَن أَسلمَ في دَار الحَرب وَلم يُهَاجر إلينَا لا يَصحُ أَمَانُهُ لمَا بَيَّنَّا (وَلا يَجوزُ أَمَانُ

العَبدِ المَحجُورِ عِندَ أبِي حَنِيفَةَ إلا أن يَأذَنَ لهُ مَولاهُ فِي القِتَال. وَقَال مُحَمَّدٌ يَصِحُّ) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ، وَأبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي رِوَايَةٍ، وَمَعَ أبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةٍ لِمُحَمَّدٍ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «أمَانُ العَبدِ أمَانٌ»[1] رَوَاهُ أبُو مُوسَى الأشعَرِيُّ، وَلأنَّهُ مُؤمِنٌ مُمتَنِعٌ فَيَصِحُّ أمَانُهُ اعتِبَارًا بِالمَأذُونِ لهُ فِي القِتَال وَبِالمُؤَيَّدِ مِن الأمَانِ، فَالإيمَانُ لِكَونِهِ شَرطًا لِلعِبَادَةِ، وَالجِهَادُ عِبَادَةٌ، وَالامتِنَاعُ لِتَحَقُّقِ إزَالَةِ الخَوفِ بِهِ، وَالتَّأثِيرُ إعزَازُ الدِّينِ وَإقَامَةُ المَصلحَةِ فِي حَقِّ جَمَاعَةِ المُسلمِينَ؛ إذ الكَلامُ فِي مِثل هَذِهِ الحَالةِ، وَإنَّمَا لا يَملكُ المُسَايَفَةَ لِمَا فِيهِ مِن تَعطِيل مَنَافِعِ المَولى وَلا تَعطِيل فِي مُجَرَّدِ القَول. وَلأبِي حَنِيفَةَ أنَّهُ مَحجُورٌ عَن القِتَال فَلا يَصِحُّ أمَانُهُ لأنَّهُم لا يَخَافُونَهُ فَلم يُلاقِ الأمَانُ مَحلهُ، بِخِلافِ المَأذُونِ لهُ فِي القِتَال لأنَّ الخَوفَ مِنهُ مُتَحَقِّقٌ، وَلأنَّهُ إنَّمَا لا يَملكُ المُسَايَفَةَ لِمَا أنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ المَولى عَلى وَجهٍ لا يُعرِي عَن احتِمَال الضَّرَرِ فِي حَقِّهِ، وَالأمَانُ نَوعُ قِتَالٍ وَفِيهِ مَا ذَكَرنَاهُ؛ لأنَّهُ قَد يُخطِئُ بَل هُوَ الظَّاهِرُ، وَفِيهِ سَدُّ بَابِ الاستِغنَامِ، بِخِلافِ المَأذُونِ لأنَّهُ رَضِيَ بِهِ وَالخَطَأ نَادِرٌ لِمُبَاشَرَتِهِ القِتَال، وَبِخِلافِ المُؤَبَّدِ لأنَّهُ خَلفٌ عَن الإسلامِ فَهُوَ بِمَنزِلةِ الدَّعوَةِ إليهِ، وَلأنَّهُ مُقَابَلٌ بِالجِزيَةِ وَلأنَّهُ مَفرُوضٌ عِندَ مَسألتِهِم ذَلكَ، وَإسقَاطُ الفَرضِ نَفعٌ فَافتَرَقَا. وَلو أمِنَ الصَّبِيُّ وَهُوَ لا يَعقِلُ لا يَصِحُّ كَالمَجنُونِ وَإن كَانَ يَعقِلُ وَهُوَ مَحجُورٌ عَن القِتَال فَعَلى الخِلافِ، وَإن كَانَ مَأذُونًا لهُ فِي القِتَال فَالأصَحُّ أنَّهُ يَصِحُّ بِالاتِّفَاقِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**لا يَصِحُّ أَمَانُهُ لَمَا بَيَّنَّا**) يَعْنِي قَوْلَهُ وَالأَمَانُ يَخْتَصُّ بِمَحَل الخَوْف. قَال (**وَلا يَجُوزُ أَمَانُ العَبْد إلخ**) اتَّفَقَ العُلمَاءُ عَلى أَنَّ **أَمَانَ العَبْد المَأْذُون** صَحِيحٌ لمَا رُوِيَ أَنَّ عَبْدًا كَتَبَ عَلى سَهْمه بالفَارسيَّة مترسيت وَرَمَى به إلى قَوْم مَحْصُورينَ، فَرُفعَ إلى عُمَرَ ﷺ فَأَجَازَ أَمَانَهُ وَقَال إنَّهُ رَجُلٌ منْ المُسْلمينَ وَهَذَا العَبْدُ كَانَ مُقَاتلا لأَنَّ الرَّمْيَ فعْلُ المُقَاتل، وَأَمَّا العَبْدُ المَحْجُورُ عَنْ القتَال فَلا يَصحُّ أَمَانُهُ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ، وَيَصحُّ عنْدَ مُحَمَّد وَالشَّافعيِّ. وَذَكَرَ الكَرْخيُّ قَوْل أَبي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّد وَاعْتَمَدَ عَلَيْه القُدُوريُّ في شَرْحه، وَذَكَرَهُ الطَّحَاويُّ مَعَ أَبي حَنيفَةَ وَهُوَ الظَّاهرُ عَنْهُ، وَاعْتَمَدَ عَلَيْه صَاحبُ الأَسْرَار، وَاسْتدْلالُ مُحَمَّد بالحَديث ظَاهرٌ.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦٠٥): غريب.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ) أَيْ ذُو قُوَّةٍ وَامْتِنَاعٍ إِشَارَةٌ إِلى شَرْطِ جَوَازِ الأَمَانِ وَهُوَ الإِيمَانُ وَإِلى علته وَهُوَ الخَوْفُ لأَنَّ الخَوْفَ إِنَّمَا يَحْصُلُ مِمَّنْ لهُ قُوَّةٌ وَامْتِنَاعٌ. وَقَوْلُهُ (**وَبِالمُؤَبَّدِ مِنْ الأَمَانِ**) يَعْنِي عَقْدَ الذِّمَّةِ، فَإِنَّ **الحَرْبِيَّ إِذَا عَقَدَ عَقْدَ الذِّمَّةِ مَعَ العَبْدِ وَقَبِلَ الجِزْيَةَ وَقَبِلَ العَبْدُ مِنْهُ هَذَا العَقْدَ** يَصِحُّ هَذَا العَقْدُ وَالقَبُولُ مِنْ العَبْدِ وَيَصِيرُ ذِمِّيًّا بِالاتِّفَاقِ حَتَّى تَجْرِيَ عَلَيْهِ أَحْكَامُ أَهْلِ الذِّمَّةِ مِنْ المَنْعِ عَنْ الخُرُوجِ إِلى دَارِ الحَرْبِ وَقِصَاصِ قَاتِلِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (**فَالإِيمَانُ لِكَوْنِهِ شَرْطًا لِلعِبَادَةِ**) يَعْنِي شَرَطْنَا الإِيمَانَ فِي قَوْلِنَا وَلأَنَّهُ مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ فَيَصِحُّ أَمَانُهُ لأَنَّهُ شَرْطٌ لِلعِبَادَةِ (**وَالجِهَادُ عِبَادَةٌ**) وَهَذَا هُوَ المَوْعُودُ بِقَوْلِنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَسَيَجِيءُ فِي كَلامِهِ إِشَارَةٌ إِلى هَذَا. وَقَوْلُهُ (**وَالامْتِنَاعُ**) يَعْنِي وَشَرَطْنَا الامْتِنَاعَ لِيَتَحَقَّقَ إِزَالَةُ الخَوْفِ بِهِ.

وَقَوْلُهُ (**وَالتَّأْثِيرُ إِعْزَازُ الدِّينِ**) يَعْنِي العلةَ الجَامِعَةَ فِي قِيَاسِ العَبْدِ المَحْجُورِ عَلى المَأْذُونِ لهُ إِعْزَازُ الدِّينِ وَإِقَامَةُ المَصْلحَةِ إلخْ. وَتَحْقِيقُ هَذَا أَنَّ الوَصْفَ المُؤَثِّرَ فِي أَمَانِ العَبْدِ المَأْذُونِ لهُ الامْتِنَاعُ وَشَرْطُهُ الإِيمَانُ، وَهَذَا الوَصْفُ مُعَلَّلٌ بِظُهُورِهِ أَثَرِهِ وَهُوَ إِعْزَازُ الدِّينِ وَإِقَامَةُ المَصْلحَةِ فِي حَقِّ جَمَاعَةِ المُسْلمِينَ فِي عَيْنِ هَذَا الحُكْمِ وَهُوَ الأَمَانُ فِي الحُرِّ، فَإِذَا وُجِدَ فِي المَحْجُورِ عَلَيْهِ صَحَّ تَعْدِيَتُهُ إِليْهِ كَمَا فِي سَائِرِ الأَقْيِسَةِ. وَقَوْلُهُ (وَإِنَّمَا لا يَمْلكُ المُسَايَفَةَ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ الأَصْلُ فِي الجِهَادِ هُوَ المُسَايَفَةُ وَهُوَ لا يَمْلكُهُ فَلا يَمْلكُ الأَمَانَ أَيْضًا، وَتَقْرِيرُهُ إِنَّمَا لا يَمْلكُ المُسَايَفَةَ (لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْطِيلِ مَنَافِعِ المَوْلى) وَهُوَ لا يَمْلكُ ذَلكَ (وَلا تَعْطِيلَ) لِمَنَافِعِهِ (فِي مُجَرَّدِ القَوْلِ).

وَقَوْلُهُ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنْ القِتَالِ) يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُمَانَعَةً. وَتَقْرِيرُهُ لا نُسَلمُ وُجُودَ الامْتِنَاعِ لأَنَّ الامْتِنَاعَ إِنَّمَا يَكُونُ لِتَحَقُّقِ إِزَالةِ الخَوْفِ وَهُمْ لا يَخَافُونَهُ، وَأَنْ يَكُونَ مُعَارَضَةً وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ كَلامِ المُصَنِّفِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنْ القِتَالِ وَكُلُّ مَحْجُورٍ عَنْ القِتَالِ لا يَصِحُّ أَمَانُهُ لأَنَّهُمْ لا يَخَافُونَهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ فَإِنَّ الخَوْفَ أَمْرٌ بَاطِنٌ لا دَليلَ عَلى وُجُودِهِ وَلا عَدَمِهِ، فَالكُفَّارُ مِنْ أَيْنَ يَعْلمُونَ أَنَّهُ عَبْدٌ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ حَتَّى لا يَخَافُونَهُ.

وَالجَوَابُ أَنَّ ذَلكَ يُعْلمُ بِتَرْكِ المُسَايَفَةِ فَإِنَّهُمْ لَمَّا رَأَوْا شَابًّا مُقْتَدِرًا عَلى القِتَالِ مَعَ المُقَاتِلِينَ وَلا يَحْمِلُ سِلاحًا وَلا يُقَاتِلُهُمْ عَلمُوا أَنَّهُ مَمْنُوعٌ عَنْ ذَلكَ مِمَّنْ لهُ المَنْعُ. وَلوْ

قَال المُصَنِّفُ إِنَّهُ مَحْجُورٌ عَنْ القِتَال وَالأَمَانُ نَوْعُ قِتَال لكَانَ أَسْهَل إِثْبَاتًا لمَذْهَب أَبي حَنيفَةَ ﷺ فَتَأَمَّل. وَقَوْلُهُ (وَفِيه مَا ذَكَرْنَاهُ) يُرِيدُ أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ المَوْلى عَلى وَجْه لا يَعْرَى عَنْ احْتِمَال الضَّرَر. وَقَوْلُهُ (وَفِيه سَدُّ بَاب الاسْتِغْنَام) أَيْ عَلى المُسْلمينَ وَذَلكَ ضَرَرٌ فِي حَقِّهِمْ، فَإِذَا كَانَ مَمْنُوعًا عَنْ الضَّرَرِ للمَوْلى فَكَيْفَ يَصِحُّ مِنْهُ مَا يَضُرُّ المَوْلى وَالمُسْلمِينَ.

وَقَوْلُهُ (وَبِخلاف المُؤَبَّد) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّد صُورَةَ النِّزَاعِ عَلى عَقْد الذِّمَّة (لأَنَّهُ) أَيْ الأَمَانَ المُؤَبَّدَ (خَلفٌ عَنْ الإِسْلامِ) مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَنْتَهِي بِه القِتَالُ المَطْلُوبُ بِه إِسْلامُ الحَرْبِيِّ (فَهُوَ بِمَنْزِلة الدَّعْوَة إِليْه) أَيْ إِلى الإِسْلامِ وَهِيَ نَفْعٌ (وَلأَنَّهُ مُقَابَلٌ بِالجِزْيَة) وَهِيَ نَفْعٌ (وَلأَنَّهُ مَفْرُوضٌ عِنْدَ مَسْأَلتِهِمْ ذَلكَ) يَعْنِي أَنَّ الكُفَّارَ إِذَا طَلبُوا عَقْدَ الذِّمَّة يُفْتَرَضُ عَلى الإِمَام إِجَابَتُهُمْ إِليْه (وَإِسْقَاطُ الفَرْضِ نَفْعٌ فَافْتَرَقَا).

وَقَوْلُهُ (فَهُوَ عَلى الخِلاف) يَعْنِي عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لا يَصِحُّ أَمَانُهُ وَعِنْدَ مُحَمَّد يَصِحُّ. وَقَوْلُهُ (وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بالاتِّفَاق) أَيْ بِاتِّفَاق أَصْحَابنَا لَيْسَ عَلى الخِلافِ لأَنَّهُ تَصَرُّفٌ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ كَالبَيْع فَيَمْلكُهُ الصَّبِيُّ بَعْدَ الإِذْنِ.

بَابُ الغَنَائِمِ وَقِسمَتِهَا

(وَإِذَا فَتَحَ الإِمَامُ بَلدَةً عَنوَةً) أَي قَهرًا (فَهُوَ بِالخِيَارِ إِن شَاءَ قَسَّمَهُ بَينَ المُسلمِينَ) كَمَا فَعَل رَسُولُ اللهِ ﷺ بِخَيبَرَ (وَإِن شَاءَ أَقَرَّ أَهلهُ عَليهِ وَوَضَعَ عَليهِم الجِزيَةَ وَعَلى أَرَاضِيهِم الخرَاجَ) كَذَلكَ فَعَل عُمَرُ ﷺ بِسَوَادِ العِرَاقِ بِمُوَافَقَةِ مِن الصَّحَابَةِ وَلم يُحمَد مَن خَالفَهُ، وَفِي كُلٍّ مِن ذَلكَ قُدوَةٌ فَيَتَخَيَّرُ. وَقِيل الأَولى هُوَ الأَوَّلُ عِندَ حَاجَةِ الغَانِمِينَ، وَالثَّانِي عِندَ عَدَمِ الحَاجَةِ ليَكُونَ عِدَّةً فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَهَذَا فِي العَقَارِ. أَمَّا فِي المَنقُول المُجَرَّدِ لا يَجُوزُ المَنُّ بِالرَّدِّ عَليهِم؛ لأَنَّهُ لم يَرِد بِهِ الشَّرعُ فِيهِ، وَفِي العَقَارِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ لأَنَّ فِي المَنِّ إِبطَال حَقِّ الغَانِمِينَ أَو مِلكِهِم فَلا يَجُوزُ مِن غَيرِ بَدَلٍ يُعَادِلُهُ، وَالخرَاجُ غَيرُ مُعَادِلٍ لقَتلهِ، بِخِلافِ الرِّقَابِ لأَنَّ للإِمَامِ أَن يُبطِل حَقَّهُم رَأسًا بِالقَتل، وَالحُجَّةُ عَليهِ مَا رَوَينَاهُ، وَلأَنَّ فِيهِ نَظَرًا؛ لأَنَّهُم كَالأَكَرَةِ العَامِلةِ للمُسلمِينَ العَالمَةِ بِوُجُوهِ الزِّرَاعَةِ وَالمُؤَنِ مُرتَفِعَةٌ مَعَ مَا أَنَّهُ يَحظَى بِهِ الذِينَ يَأتُونَ مِن بَعدُ، وَالخرَاجُ وَإِن قَل حَالا فَقَد جَل مَآلا لدَوَامِهِ، وَإِن مَنَّ عَليهِم بِالرِّقَابِ وَالأَرَاضِي يَدفَعُ إِليهِم مِن المَنقُولاتِ بِقَدرِ مَا يَتَهَيَّأُ لهُم

العَمَلُ ليَخرُجَ عَن حَدِّ الكَرَاهَةِ.

الشرح:

(بَابُ الغَنَائِمِ وَقِسمتِهَا) أَخَّرَ بَابَ الغَنَائِمِ وَحُكْمِهَا عَنْ فَصْلِ الأَمَانِ لأَنَّ الإِمَامَ بَعْدَ المُحَاصَرَةِ إِمَّا أَنْ يُؤَمِّنَهُمْ أَوْ يَقْتُلَهُمْ وَيَسْتَغْنِمَ أَمْوَالَهُمْ، فَلَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ الأَمَانِ ذَكَرَ الغَنَائِمَ وَقِسْمَتَهَا. وَالغَنِيمَةُ مَا نِيلَ مِنْ أَهْلِ الشِّرْكِ عَنْوَةً وَالحَرْبُ قَائِمَةٌ. **وَحُكْمُهَا** أَنْ تُخَمَّسَ وَالبَاقِي بَعْدَ الخُمُسِ لِلغَانِمِينَ خَاصَّةً **(وَإِذَا فَتَحَ الإِمَامُ بَلدَةً عَنْوَةً أَيْ قَهْرًا)** قَالَ فِي النِّهَايَةِ: قَوْلُهُ قَهْرًا لَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لهُ لُغَةً لأَنَّ عَنَا عُنُوًّا بِمَعْنَى ذَلَّ وَخَضَعَ وَهُوَ لازِمٌ وَقَهَرَ مُتَعَدٍّ، بَل يَكُونُ هُوَ تَفْسِيرُهُ مِنْ طَرِيقِ شُعُورِ الذِّهْنِ لأَنَّ مِنْ الذِّلَّةِ يَلزَمُ القَهْرُ أَوْ أَنَّ الفَتْحَ بِالذِّلَّةِ يَسْتَلزِمُ القَهْرَ **(فَهُوَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَسَمَهُ)** أَيْ قَسَمَ البَلدَةَ بِتَأْوِيلِ البَلدِ **(بَيْنَ المُسْلِمِينَ كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِخَيْبَرَ، وَإِنْ شَاءَ أَقَرَّ أَهْلَهُ عَلَيْهِ وَوَضَعَ عَلَيْهِمْ الجِزْيَةَ وَعَلَى أَرَاضِيهِمْ الخَرَاجَ، كَذَا فَعَلَ عُمَرُ ﷺ بِسَوَادِ العِرَاقِ بِمُوَافَقَةٍ مِنْ الصَّحَابَةِ)** فَإِنْ قِيلَ: قَدْ خَالَفَهُ فِي ذَلِكَ جَمَاعَةٌ، أَجَابَ بِقَوْلِهِ **(وَلَمْ يَحْمَدْ مَنْ خَالَفَهُ)** يُرِيدُ بِهِ نَفَرًا يَسِيرًا مِنْهُمْ بِلالٌ حَتَّى دَعَا عَلَيْهِمْ عَلَى المِنْبَرِ فَقَالَ: اللهُمَّ اكْفِنِي بِلالا وَأَصْحَابَهُ فَمَا حَالَ الحَوْلُ وَفِيهِمْ عَيْنٌ تَطْرِفُ: أَيْ مَاتُوا جَمِيعًا (وَفِي كُلٍّ مِنْ ذَلِكَ قُدْوَةٌ فَيَتَخَيَّرُ) وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: لا نُسَلِّمُ أَنَّ وَاحِدًا مِنْ الصَّحَابَةِ بَل أَكْثَرُهُمْ يَصِيرُ قُدْوَةً عَلَى خِلافِ مَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ إِذْ لَمْ يَصِل إِلَى حَدِّ الإِجْمَاعِ. وَالجَوَابُ عَنْهُ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ فِعْلَ النَّبِيِّ ﷺ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَلَى أَيِّ جِهَةٍ فَعَلَهُ يُحْمَلُ عَلَى أَدْنَى مَنَازِلِ أَفْعَالِهِ وَهُوَ الإِبَاحَةُ وَحِينَئِذٍ لا يَسْتَوْجِبُ العَمَلَ لا مَحَالَةَ، فَإِذَا ظَهَرَ دَلِيلُ الصَّحَابِيِّ جَازَ أَنْ يَعْمَلَ بِخِلافِهِ. وَالثَّانِي أَنَّهُ عَلَى تَقْدِيرِ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فَعَلَ ذَلِكَ وُجُوبًا، فَإِنَّ عُمَرَ ﷺ فَعَلَ مَا فَعَلَ مُسْتَنْبِطًا مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ ﴾ [الحشر: ١٠] بَعْدَ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ ﴾ [الحشر: ٨] فَيَكُونُ ثَابِتًا بِإِشَارَةِ النَّصِّ وَهِيَ تُفِيدُ القَطْعَ فَيَكُونُ الوَاجِبُ أَحَدَهُمَا يَتَعَيَّنُ بِفِعْلِ الإِمَامِ كَالوَاجِبِ المُخَيَّرِ كَمَا فِي خِصَالِ الكَفَّارَةِ، فَفَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ أَحَدَهُمَا وَعُمَرُ الآخَرَ (وَقِيلَ) فِي التَّوْفِيقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ (الأَوْلَى هُوَ الأَوَّلُ عِنْدَ حَاجَةِ الغَانِمِينَ) كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فَإِنَّهُ كَانَ عِنْدَ

حَاجَةِ الْمُسْلِمِينَ (وَالثَّانِي عِنْدَ عَدَمِ الْحَاجَةِ) كَمَا فَعَلَ عُمَرُ ﷺ (لِيَكُونَ عُدَّةً فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَهَذَا) أَيْ إِقْرَارُ أَهْلِ بَلَدٍ عَلَى بَلَدِهِمْ بِالْمَنِّ عَلَيْهِمْ (فِي الْعَقَارِ، أَمَّا فِي الْمَنْقُولِ الْمُجَرَّدِ فَلا يَجُوزُ الْمَنُّ بِالرَّدِّ) بِأَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِمْ مَجَّانًا وَيُنْعِمَ بِهِ عَلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ الْمَنْقُولَ بِالْمُجَرَّدِ لأَنَّهُ يَجُوزُ الْمَنُّ عَلَيْهِمْ بِالْمَنْقُولِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لِلْعَقَارِ وَذَلِكَ فِي قَوْلِهِ بَعْدَ هَذَا وَإِنْ مَنَّ عَلَيْهِمْ بِالرِّقَابِ وَالأَرَاضِي يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ مِنَ الْمَنْقُولاتِ بِقَدْرِ مَا يَتَهَيَّأُ لَهُمْ الْعَمَلُ.

وَقَوْلُهُ (**لأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ**) أَيْ بِالْمَنِّ (**الشَّرْعُ فِيهِ**) أَيْ فِي الْمَنْقُولِ الْمُجَرَّدِ وَفِي الْعَقَارِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ) فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ الْمَنُّ فِيهِ. قَال (**لأَنَّ فِي الْمَنِّ إِبْطَالَ حَقِّ الْغَانِمِينَ**) عِنْدَكُمْ لأَنَّ حَقَّهُمْ قَدْ ثَبَتَ وَتَأَكَّدَ بِالإِحْرَازِ فَقَدْ صَارَ مُحْرَزًا بِفَتْحِ الْبَلْدَةِ وَإِجْرَاءِ أَحْكَامِ الإِسْلامِ فِيهَا وَلَيْسَ لِلإِمَامِ ذَلِكَ (**أَوْ مِلْكَهُمْ**) يَعْنِي عِنْدِي، فَإِنَّ الْمِلْكَ قَدْ ثَبَتَ لَهُمْ بِنَفْسِ الإِحْرَازِ (**فَلا يَجُوزُ**) يَعْنِي إِبْطَالَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَقِّ وَالْمِلْكِ (**مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ يُعَادِلُهُ**)

فَإِنْ قِيلَ: الْخَرَاجُ يُعَادِلُهُ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (**وَالْخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادِلٍ لِقِلَّتِهِ**) فَإِنْ قِيلَ: فَالْحَقُّ أَوْ الْمِلْكُ ثَبَتَ فِي رِقَابِهِمْ أَيْضًا وَجَازَ لَهُ أَنْ لا يَقْسِمَهَا. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (**بِخِلافِ الرِّقَابِ**) يَعْنِي أَنَّ حَقَّهُمْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا (**وَلأَنَّ لِلإِمَامِ أَنْ يُبْطِلَ حَقَّهُمْ رَأْسًا بِالْقَتْلِ**) فَكَذَا لَهُ أَنْ يُبْطِلَهُ بِالْخَلَفِ وَهُوَ الْجِزْيَةُ، وَهَذَا لأَنَّهَا خُلِقَتْ فِي الأَصْلِ أَحْرَارًا وَالْمِلْكُ ثَبَتَ بِعَارِضٍ، فَالإِمَامُ إِذَا اسْتَرَقَّهُمْ فَقَدْ بَدَّلَ حُكْمَ الأَصْلِ، فَإِذَا جَعَلَهُمْ أَحْرَارًا فَقَدْ بَقِيَ حُكْمُ الأَصْلِ فَكَانَ جَائِزًا (**وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا**) يَعْنِي مِنْ فِعْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (**وَلأَنَّ فِيهِ نَظَرًا**) يَعْنِي أَنَّ تَصَرُّفَ الإِمَامِ وَقَعَ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ فِي إِقْرَارِ أَهْلِهَا عَلَيْهَا لأَنَّهُ لَوْ قَسَمَهَا بَيْنَهُمْ اشْتَغَلُوا بِالزِّرَاعَةِ وَقَعَدُوا عَنِ الْجِهَادِ فَكَانَ يَكُرُّ عَلَيْهِمِ الْعَدُوُّ، وَرُبَّمَا لا يَهْتَدُونَ لِذَلِكَ الْعَمَلِ أَيْضًا، فَإِذَا تَرَكَهَا فِي أَيْدِيهِمْ وَهُمْ عَارِفُونَ بِالْعَمَلِ صَارُوا (كَالأُكَرَةِ) أَيْ الْمُزَارِعِينَ (**الْعَامِلَةِ لِلْمُسْلِمِينَ الْعَالِمَةِ بِوُجُوهِ الزِّرَاعَةِ وَالْمُؤَنُ مُرْتَفِعَةٌ مَعَ مَا أَنَّهُ يَحْظَى بِهِ الَّذِينَ يَأْتُونَ مِنْ بَعْدُ**) كَانَ فِيهِ نَظَرٌ لا مَحَالَةَ فَيَكُونُ جَائِزًا. قَوْلُهُ (**وَالْخَرَاجُ وَإِنْ قَلَّ**) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَالْخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادِلٍ لِقِلَّتِهِ وَتَقْرِيرِهِ الْخَرَاجَ وَإِنْ قَلَّ (**حَالا**) لِكَوْنِهِ بَعْضَ مَا يُمْكِنُ أَنْ يَخْرُجَ فِي سَنَةٍ (**فَقَدْ جَلَّ مَآلا لِدَوَامِهِ**) بِوُجُوبِهِ فِي كُلِّ سَنَةٍ. قَوْلُهُ (**وَإِنْ مَنَّ عَلَيْهِمْ**) ظَاهِرٌ.

وَقَوْلُهُ (**لِيَخْرُجَ عَنْ حَدِّ الْكَرَاهَةِ**) مَعْنَاهُ مَا قَالَ الإِمَامُ التُّمُرْتَاشِيُّ، فَإِنْ مَنَّ

عَلَيْهِمْ بِرِقَابِهِمْ وَأَرَاضِيهِمْ وَقَسَمَ النِّسَاءَ وَالذُّرِّيَّةَ وَسَائِرَ الأَمْوَالِ جَازَ، وَلكِنْ يُكْرَهُ لأَنَّهُمْ لا يَنْتَفِعُونَ بِالأَرَاضِي بِدُونِ المَالِ، وَلا بَقَاءَ لَهُمْ بِدُونِ مَا يُمْكِنُ بِهِ تَزْجِيَةُ العُمُرِ إلا أَنْ يَدَعَ لَهُمْ مَا يُمْكِنُهُمْ بِهِ العَمَلُ فِي الأَرَاضِي،

قال (وَهُوَ فِي الأُسَارَى بِالخِيَارِ إن شَاءَ قَتَلَهُم) «لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَد قَتَل»، وَلأَنَّ فِيهِ حَسمَ مَادَّةِ الفَسَادِ (وَإن شَاءَ استَرَقَّهُم) لأَنَّ فِيهَا دَفعَ شَرِّهِم مَعَ وُفُورِ المَنفَعَةِ لأَهلِ الإِسلامِ (وَإن شَاءَ تَرَكَهُم أَحرارًا ذِمَّةً للمُسلِمِينَ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (إلا مُشرِكِي العَرَبِ وَالمُرتَدِّينَ) عَلَى مَا نُبَيِّنُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى (وَلا يَجُوزُ أَن يَرُدَّهُم إلى دَارِ الحَربِ) لأَنَّ فِيهِ تَقوِيَتَهُم عَلَى المُسلِمِينَ، فَإِن أَسلَمُوا لا يَقتُلُهُم لاندِفَاعِ الشَّرِّ بِدُونِهِ (وَلَهُ أَن يَستَرِقَّهُم) تَوفِيرًا للمَنفَعَةِ بَعدَ انعِقَادِ سَبَبِ المِلكِ بِخِلافِ إسلامِهِم قَبلَ الأَخذِ؛ لأَنَّهُ لم يَنعَقِد السَّبَبُ بَعدُ (وَلا يُفَادَى بِالأُسَارَى عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يُفَادَى بِهِم أُسَارَى المُسلِمِينَ) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ لأَنَّ فِيهِ تَخلِيصَ المُسلِمِ وَهُوَ أَولى مِن قَتلِ الكَافِرِ وَالانتِفَاعِ بِهِ. وَلَهُ أَنَّ فِيهِ مَعُونَةً للكَفَرَةِ؛ لأَنَّهُ يَعُودُ حَربًا عَلَينَا، وَدَفعُ شَرِّ حَربِهِ خَيرٌ مِن استِنقَاذِ الأَسِيرِ المُسلِمِ؛ لأَنَّهُ إذَا بَقِيَ فِي أَيدِيهِم كَانَ ابتِلاءً فِي حَقِّهِ غَيرَ مُضَافٍ إلينَا، وَالإِعَانَةُ بِدَفعِ أَسِيرِهِم إليهِم مُضَافٌ إلينَا. أَمَّا المُفَادَاةُ بِمَالٍ يَأخُذُهُ مِنهُم لا يَجُوزُ فِي المَشهُورِ مِن المَذهَبِ لِمَا بَيَّنَّا. وَفِي السِّيَرِ الكَبِيرِ أَنَّهُ لا بَأسَ بِهِ إذَا كَانَ بِالمُسلِمِينَ حَاجَةٌ استِدلالا بِأُسَارَى بَدرٍ، وَلو كَانَ أَسلَمَ الأَسِيرُ فِي أَيدِينَا لا يُفَادَى بِمُسلِمٍ أَسِيرٍ فِي أَيدِيهِم لأَنَّهُ لا يُفِيدُ إلا إذَا طَابَت نَفسُهُ بِهِ وَهُوَ مَأمُونٌ عَلى إسلامِهِ. قَال (وَلا يَجُوزُ المَنُّ عَليهِم) أي عَلى الأُسَارَى خِلافًا للشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ «مِن رَسُولِ اللهِ ﷺ عَلى بَعضِ الأُسَارَى يَومَ بَدرٍ»[1]. وَلنَا قَولُه تَعَالى ﴿ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ ﴾ [التوبة: ٥]» وَلأَنَّهُ بِالأَسرِ وَالقَسرِ ثَبَتَ حَقُّ الاستِرقَاقِ فِيهِ فَلا يَجُوزُ إسقَاطُهُ بِغَيرِ مَنفَعَةٍ وَعِوَضٍ، وَمَا رَوَاهُ مَنسُوخٌ بِمَا تَلونَا.

الشرح:

قَال (وَهُوَ فِي الأُسَارَى بِالخِيَارِ) الإِمَامُ فِيمَا حَصَلَ تَحْتَ يَدِهِ مِنْ الأُسَارَى مُخَيَّرٌ بَيْنَ الأُمُورِ الثَّلاثَةِ: إنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ «لأَنَّهُ ﷺ قَدْ قَتَلَ عُقْبَةَ بْنَ أَبِي مُعَيْطٍ وَالنَّضْرَ بْنَ الحَارِثِ بَعْدَمَا حَصَلا فِي يَدِهِ، وَقَتَلَ بَنِي قُرَيْظَةَ بَعْدَ ثُبُوتِ اليَدِ عَلَيْهِمْ»، فَإِنْ أَسْلَمُوا

(١) أخرجه البخاري في الخمس باب ١٩، وانظر نصب الراية (٣/٦١٥).

سَقطَ عَنْهُمْ القَتْلُ لأَنَّهُ عُقُوبَةٌ وَجَبَتْ لِلبَقَاءِ عَلى الكُفْرِ، فَإِذَا زَال الكُفْرُ سَقطَ القَتْلُ (وَإِنْ شَاءَ اسْتَرَقَّهُمْ لأَنَّ فِيهِ دَفْعَ شَرِّهِمْ مَعَ وُفُورِ المَنْفَعَةِ لأَهْلِ الإِسْلامِ) فَإِنْ أَسْلَمُوا بَعْدَ ذَلكَ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُمْ الرِّقُّ لأَنَّ الرِّقَّ جَزَاءُ الكُفْرِ الأَصْلِيِّ عَلى مَا عُرِفَ، بِخِلافِ مَا إِذَا أَسْلَمُوا قَبْل الاسْتِيلاءِ حَيْثُ لا يَجُوزُ القَتْلُ وَالاسْتِرْقَاقُ أَيْضًا لأَنَّهُ قَدْ صَارَ أَوْلى النَّاسِ بِنَفْسِهِ قَبْل انْعِقَادِ سَبَبِ الملكِ وَهُوَ الاسْتِيلاءُ وَالأَخْذُ (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا ذِمَّةً لِلمُسْلِمِينَ لِمَا بَيَّنَّا) مِنْ فِعْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. فَإِنْ قِيل: «فَاقْتُلُوا المُشْرِكِينَ» يُنَافِي تَرْكَ قَتْلِهِمْ فَلا يَجُوزُ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ تَرَكَ العَمَل بِهِ فِي حَقِّ أَهْل الذِّمَّةِ وَالمُسْتَأْمَنِ فَكَذَا فِي المُتَنَازَعِ فِيهِ بِفِعْلِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (إلا مُشْرِكِي العَرَبِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: هَذِهِ الأَدِلةُ تَدُلُّ عَلى خِلافِ المُدَّعِي؛ لأَنَّ المُدَّعِيَ هُوَ أَنْ يَكُونَ الإِمَامُ مُخَيَّرًا بَيْنَ الأُمُورِ الثَّلاثَةِ، وَالأَدِلةُ تَدُلُّ عَلى وُجُوبِ كُل وَاحِدٍ مِنْهَا لأَنَّهُ قَال: لأَنَّ فِيهِ حَسْمَ مَادَّةِ القِتَال وَذَلكَ وَاجِبٌ لا مَحَالةَ، ثُمَّ قَال: لأَنَّ فِيهِ دَفْعَ شَرِّهِمْ مَعَ وُفُورِ المَنْفَعَةِ لأَهْل الإِسْلامِ وَهُوَ كَالأَوَّل وَأَقْوَى.

ثُمَّ اسْتَدَل بِمَا فَعَل عُمَرُ ﷺ بِقَوْلِهِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهُوَ إِنَّمَا يَصِحُّ عَلى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ مَا فَعَلهُ وَاجِبًا وَإِلا لزِمَ التَّخْيِيرُ بَيْنَ الوَاجِبِ وَغَيْرِهِ وَهُوَ لا يَجُوزُ. وَالجَوَابُ أَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْ الأُمُورِ وَاجِبٌ وَالإِمَامُ مُخَيَّرٌ بَيْنَهَا كَمَا فِي الوَاجِبِ المُخَيَّرِ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ أَنْ يَرُدَّهُمْ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا يُفَادِي بِالأَسَارَى) وَالمُفَادَاةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، يُقَالُ فَادَاهُ إِذَا أَطْلَقَهُ وَأَخَذَ فِدْيَتَهُ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ وَلا يُفَادِي بِالأَسَارَى: أَيْ لا يُعْطَى أَسَارَى الكُفَّارِ وَيُؤْخَذُ مِنْهُمْ أَسَارَى المُسْلمِينَ أَوْ المَالُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُفَادِي بِهِمْ أَسَارَى المُسْلمِينَ، وَلا تَجُوزُ الفِدْيَةُ بِالمَال. وَجَعَل فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ قَوْلهُمَا أَظْهَرَ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَوَجْهُ ذَلكَ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ فِيهِ تَخْلِيصَ المُسْلمِ وَهُوَ أَوْلى مِنْ قَتْل الكَافِرِ وَالانْتِفَاعِ بِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلهُ أَنَّ فِيهِ تَقْوِيَةً) فِي بَعْضِ النُّسَخِ مَعُونَةٌ ظَاهِرٌ، وَيَجُوزُ أَنْ يَبْرُزَ هَذَا فِي مُبْرِزِ دَفْعِ الضَّرَرِ العَامِّ بِتَحَمُّل الضَّرَرِ الخَاصِّ كَمَا مَرَّ فِي صُورَةِ الرَّمْيِ عِنْدَ التَّتَرُّسِ بِالمُسْلمِينَ. وَأَمَّا المُفَادَاةُ بِأَخْذِ المَال مِنْهُمْ) فِي إِطْلاقِ أَسْرَاهُمْ (فَلا تَجُوزُ فِي المَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ فِيهِ تَقْوِيَةً أَوْ مَعُونَةً لِلكَفَرَةِ بِعَوْدِهِمْ حَرْبًا عَلَيْنَا (وَفِي السِّيَرِ الكَبِيرِ أَنَّهُ لا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ بِالمُسْلمِينَ حَاجَةٌ اسْتِدْلالا بِأُسَارَى بَدْرٍ) وَسَيَجِيءُ جَوَابُهُ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ المَنُّ عَليْهِمْ) المُرَادُ بِالمَنِّ عَليْهِمْ هُوَ الإِنْعَامُ

عَلَيْهِمْ بِأَنْ يَتْرُكَهُمْ مَجَّانًا مِنْ غَيْرِ اسْتِرْقَاقٍ وَلا ذِمَّةٍ وَلا قَتْلٍ (خلافًا للشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ يَقُولُ: «مَنَّ رَسُولُ الله ﷺ على بَعْضِ الأُسَارَى يَوْمَ بَدْرٍ يَعْنِي أَبَا عَزَّةَ الجُمَحِيَّ» (وَلَنَا قَوْله تَعَالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] ولأَنَّهُ بِالأَسْرِ وَالقَسْرِ ثَبَتَ حَقُّ الاسْتِرْقَاقِ فيه) للغَانمينَ.

فَلا يَجُوزُ إِسْقَاطُهُ بِغَيْرِ مَنْفَعَةٍ وَعِوَضٍ) كَسَائِرِ الأَمْوَالِ المَغْنُومَةِ (وَمَا رَوَاهُ) مِنْ المَنِّ عَلى أَبِي عَزَّةَ فَهُوَ (مَنْسُوخٌ بِمَا تَلَوْنَا) وَكَذَلِكَ قَوْله تَعَالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد: ٤] وَكَذَلِكَ قِصَّةُ أُسَارَى بَدْرٍ، لأَنَّ سُورَةَ بَرَاءَةٌ كَانَتْ آخِرَ مَا نَزَلَ، وَقَدْ تَضَمَّنَتْ وُجُوبَ القَتْلِ عَلى كُل حَالٍ بِقَوْله تَعَالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] فَكَانَ نَاسِخًا لِمَا تَقَدَّمَ كُله. وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: قَدْ أَجْمَعُوا عَلى أَنَّهُ مَخْصُوصٌ خَصَّ مِنْهُ الذِّمِّيَّ وَالمُسْتَأْمَنَ فَجَازَ أَنْ يَخُصَّ مِنْهُ الأَسِيرَ قِيَاسًا عَلَيْهِمْ أَوْ بِحَدِيثِ أَبِي عَزَّةَ أَوْ غَيْرِهِمَا.

وَالجَوَابُ أَنَّ قِيَاسَ الأَسِيرِ عَلى الذِّمِّيِّ فَاسِدٌ لِوُجُودِ الذِّمَّةِ فيه دُونَ الأَسِيرِ وَهِيَ المَنَاطُ، وَكَذَا عَنْ المُسْتَأْمَنِ لِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِ رَقَبَته، وَحَدِيثُ أَبِي عَزَّةَ مُتَقَدِّمٌ عَلى الآيَة، وَغَيْرُهُمَا غَيْرُ مَوْجُودٍ أَوْ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلا يَصِحُّ التَّخْصِيصُ لِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ. وَالمَوَاشِي جَمْعُ مَاشِيَةٍ وَهِيَ الإِبِلُ وَالبَقَرُ وَالغَنَمُ وَالمَأْكُلَةُ بِضَمِّ الكَافِ وَفَتْحِهَا بِمَعْنًى، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

(وَإِذَا أَرَادَ الإِمَامُ العَوْدَ وَمَعَهُ مَوَاشٍ فَلَم يَقدِر عَلى نَقلِهَا إِلى دَارِ الإِسلامِ ذَبَحَهَا وَحَرَقَهَا وَلا يَعقِرُهَا وَلا يَترُكهَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَترُكُهَا؛ لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «نَهَى عَن ذَبحِ الشَّاةِ إِلا لمَأكَلَة»[1]**. وَلنَا أَنَّ ذَبحَ الحَيَوَانِ يَجُوزُ لغَرَضٍ صَحِيحٍ، وَلا غَرَضَ أَصَحُّ مِن كَسرِ شَوكَةِ الأَعدَاءِ، ثُمَّ يُحرَقُ بِالنَّارِ لِيَنقَطِعَ مَنفَعَتُهُ عَن الكُفَّارِ وَصَارَ كَتَخرِيبِ البُنيَانِ بِخِلافِ التَّحرِيقِ قَبل الذَّبحِ لأَنَّهُ مَنهِيٌّ عَنهُ، وَبِخِلافِ العَقرِ لأَنَّهُ مُثلَةٌ، وَتُحرَقُ الأَسلحَةُ أَيضًا، وَمَا لا يَحتَرِقُ مِنهَا يُدفَنُ فِي مَوضِعٍ لا يَقِفُ عَليهِ الكُفَّارُ إِبطَالا للمَنفَعَةِ عَليهِم.**

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦١٧): غريب.

(وَلا يُقَسَّمُ غَنِيمَة فِي دَارِ الحَرْبِ حَتَّى يُخرِجَهَا إلى دَارِ الإسلام) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا بَأسَ بِذَلِكَ. وَأَصلُهُ أَنَّ المِلكَ للغَانِمِينَ لا يَثبُتُ قَبل الإحرَازِ بِدَارِ الإسلام عِندَنَا، وَعِندَهُ يَثبُتُ وَيَبتَنِي عَلى هَذَا الأَصل عِدَّةٌ مِن المَسَائِل ذَكَرنَاهَا فِي الكِفَايَة. لهُ أَنَّ سَبَبَ المِلكِ الاستِيلاءُ إذَا وَرَدَ عَلى مَالٍ مُبَاحٍ فِي الصُّيُودِ، وَلا مَعنَى للاستِيلاءِ سِوَى إثبَاتِ اليَدِ وَقَد تَحَقَّقَ. وَلنَا أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «نَهَى عَن بَيعِ الغَنِيمَة فِي دَارِ الحَرْبِ»[1]، وَالخِلافُ ثَابِتٌ فِيهِ، وَالقِسمَة بَيعٌ مَعنًى فَتَدخُلُ تَحتَهُ، وَلأَنَّ الاستِيلاءَ إثبَاتُ اليَدِ الحَافِظَة وَالنَّاقِلَة وَالثَّانِي مُنعَدِمٌ لقُدرَتِهِم عَلى الاستِنقَاذِ وَوُجُودِهِ ظَاهِرًا.

ثُمَّ قِيل: مَوضِعُ الخِلافِ تَرَتُّبُ الأَحكَامِ عَلى القِسمَة إذَا قَسَّمَ الإمَامُ لا عَن اجتِهَادٍ، لأَنَّ حُكمَ المِلكِ لا يَثبُتُ بِدُونِهِ. وَقِيل الكَرَاهَة، وَهِيَ كَرَاهَة تَنزِيهٍ عِندَ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ قَال عَلى قَول أَبِي حَنِيفَة وَأَبِي يُوسُفَ لا تَجُوزُ القِسمَة فِي دَارِ الحَرْبِ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ الأَفضَلُ أَن يُقَسِّمَ فِي دَارِ الإسلام. وَوَجهُ الكَرَاهَة أَنَّ دَليل البُطلانِ رَاجِحٌ، إلا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَن سَلبِ الجَوَازِ فَلا يَتَقَاعَدُ عَن إيرَاثِ الكَرَاهَة.

(وَالرِّدءُ وَالمُقَاتِلُ فِي العَسكَرِ سَوَاءٌ) لاستِوَائِهِم فِي السَّبَبِ وَهُوَ المُجَاوَزَةُ أَو شُهُودُ الوَقعَة عَلى مَا عُرِفَ، وَكَذَلِكَ إذَا لم يُقَاتِل لمَرَضٍ أَو غَيرِهِ لمَا ذَكَرنَا (وَإِذَا لحِقَهُم المَدَدُ فِي دَارِ الحَرْبِ قَبل أَن يُخرِجُوا الغَنِيمَة إلى دَارِ الإسلامِ شَارَكُوهُم فِيهَا) خِلافًا للشَّافِعِيِّ بَعدَ انقِضَاءِ القِتَال وَهُوَ بِنَاءً عَلى مَا مَهَّدنَاهُ مِن الأَصل، وَإِنَّمَا يَنقَطِعُ حَقُّ المُشَارَكَة عِندَنَا بِالإحرَازِ أَو بِقِسمَة الإمَامِ فِي دَارِ الحَرْبِ أَو بِبَيعِهِ المَغَانِمَ فِيهَا، لأَنَّ بِكُل وَاحِدٍ مِنهَا يَتِمُّ المِلكُ فَيَنقَطِعُ حَقُّ شَرِكَة المَدَدِ. قَال (وَلا حَقَّ لأَهل سُوقِ العَسكَرِ فِي الغَنِيمَة إلا أَن يُقَاتِلُوا) وَقَال الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَولَيهِ: يُسهِمُ لهُم لقَوله عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الغَنِيمَة لمَن شَهِدَ الوَقعَة»[2] وَلأَنَّهُ وَجَدَ الجِهَادَ مَعنًى بِتَكثِيرِ السَّوَادِ. وَلنَا أَنَّهُ لم تُوجَدُ المُجَاوَزَةُ عَلى قَصدِ القِتَال فَانعَدَمَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ فَيُعتَبَرُ السَّبَبُ الحَقِيقِيُّ وَهُوَ القِتَالُ فَيُفِيدُ الاستِحقَاقَ عَلى حَسَبِ حَالهِ فَارِسًا أَو رَاجِلا عِندَ القِتَال، وَمَا رَوَاهُ مَوقُوفٌ عَلى عُمَرَ رضي الله عنه أَنَّ تَأوِيلهُ أَن يُشهِدَهَا عَلى قَصدِ القِتَال.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦١٩): غريب جدا.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦٢٠): غريب مرفوعا وهو موقوف على عمر كما قال المصنف.

الشرح:

قَال (**وَالرِّدْءُ وَالْمُقَاتِلُ فِي الْعَسْكَرِ سَوَاءٌ**) الرِّدْءُ هُوَ العَوْنُ، وَالْمُقَاتِلُ هُوَ الْمُبَاشِرُ فِي العَسْكَرِ فِي اسْتِحْقَاقِ الغَنِيمَةِ سَوَاءٌ (**لاسْتِوَائِهِمْ فِي السَّبَبِ**) وَهُوَ مُجَاوَزَةُ الدَّرْبِ بِنِيَّةِ القِتَالِ عِنْدَنَا (**أَوْ شُهُود الوَقْعَة**) عِنْدَ الشَّافِعِيِّ ﵀ (**عَلى مَا عُرِفَ. وَكَذَلكَ إذَا لمْ يُقَاتِل لمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ لمَا ذَكَرْنَا**) مِنْ الاسْتِوَاءِ فِي السَّبَبِ. قَوْلُهُ (**وَإذَا لحِقَهُمْ المَدَدُ**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (**بنَاءً عَلى مَا مَهَّدْنَاهُ مِنْ الأَصْلِ**) يُرِيدُ مَا مَرَّ أَنَّ سَبَبَ الملك عِنْدَهُ هُوَ الأَخْذُ وَالملكُ يَثْبُتُ بِهِ، وَعِنْدَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الإِحْرَازُ. فَإِذَا **شَارَكَ المَدَدُ الجَيْشَ فِي الإِحْرَازِ الذِي يَتِمُّ بِهِ السَّبَبُ** شَارَكُوهُ فِي تَأَكُّد الحَقِّ بِهِ كَمَا لوْ التَحَقُوا بِهِمْ فِي حَالَة القِتَال (**وَإِنَّمَا تَنْقَطِعُ المُشَارَكَةُ بِالإِحْرَازِ أَوْ بِقِسْمَةِ الإِمَامِ فِي دَارِ الحَرْبِ أَوْ بِبَيْعِه المَغَانِمَ فِيهَا لأَنَّ بِكُل وَاحِد مِنْهَا يَتِمُّ الملكُ فَتَنْقَطِعُ شَرِكَةُ المَدَد**) (**وَلا حَقَّ لأَهْلِ سُوقِ العَسْكَرِ فِي الغَنِيمَة**) بِإِطْلاقِه يُفِيدُ نَفْيَ السَّهْمِ الكَامِل وَالرَّضْخِ. وَكَذَا ذُكِرَ فِي المَبْسُوط. وَعَلل بِأَنَّ قَصْدَهُمْ التِّجَارَةُ لا إعْزَازُ دِينِ الله وَإِرْهَابُ العَدُوِّ (**إلا أَنْ يُقَاتِلُوا**) فَلهُمْ السَّهْمُ.

(**وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُسْهَمُ لهُمْ فِي قَوْل لقَوْله ﷺ: «الغَنِيمَةُ لمَنْ شَهِدَ الوَقْعَةَ» وَلأَنَّهُ وُجِدَ الجِهَادُ مَعْنًى بِتَكْثِيرِ السَّوَادِ**) وَقَوْلُهُ (**وَلنَا أَنَّهُ لمْ تُوجَدْ المُجَاوَزَةُ**) وَاضِحٌ (**وَمَا رَوَاهُ**) مِنْ قَوْلِه: « **الغَنِيمَةُ لمَنْ شَهِدَ الوَقْعَةَ**» (**مَوْقُوفٌ عَلى عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ**) وَمِثْلُهُ لَيْسَ بِحُجَّة عِنْدَهُ لأَنَّهُ لا يَرَى تَقْلِيدَ الصَّحَابِيِّ أَوْ تَأْوِيلُهُ أَنْ يَشْهَدَهَا عَلى قَصْد القِتَال) أَلا تَرَى أَنَّ الكُفَّارَ يَشْهَدُونَهَا وَلَيْسَ لهُمْ شَيْءٌ .

(وَإِن لم تَكُن للإِمَامِ حَمُولةٌ تُحمَلُ عَليهَا الغَنَائِمُ قسَّمهَا بَينَ الغَانِمِينَ قِسمَةَ إيدَاعٍ ليَحمُوهَا إلى دَارِ الإِسلام ثُمَّ يَرتَجِعهَا مِنهُم فَيُقَسِّمهَا) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي المُختَصَرِ، وَلم يَشتَرِط رِضَاهُم وَهُوَ رِوَايَةُ السِّيَرِ الكَبِيرِ. وَالجُملةُ فِي هَذَا أَنَّ الإِمَامَ إذَا وَجَدَ فِي المَغنَمِ حَمُولةً يَحمِلُ الغَنَائِمَ عَليهَا لأَنَّ الحَمُولةَ وَالمَحمُول مَالُهُم. وَكَذَا إذَا كَانَ فِي بَيتِ المَال فَضلُ حَمُولةٍ لأَنَّهُ مَالُ المُسلمِينَ، وَلو كَانَ للغَانِمِينَ أَو لبَعضِهِم لا يُجبِرُهُم فِي رِوَايَةِ السِّيَرِ الصَّغِيرِ لأَنَّهُ ابتِدَاءُ إجَارَةٍ وَصَارَ كَمَا إذَا نَفَقَت دَابَّتُهُ فِي مَفَازَةٍ وَمَعَ رَفِيقِهِ فَضلُ حَمُولةٍ، وَيُجبِرُهُم فِي رِوَايَةِ السِّيَرِ الكَبِيرِ لأَنَّهُ دَفعُ الضَّرَرِ العَامِّ

بِتَحمِيل ضَرَرٍ خَاصٍّ (وَلا يَجُوزُ بَيعُ الغَنَائِمِ قَبل القِسمَةِ فِي دَارِ الحَربِ) لأَنَّهُ لا مِلكَ قَبلهَا، وَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ، وَقَد بَيَّنَّا الأَصل (وَمَن مَاتَ مِن الغَانِمِينَ فِي دَارِ الحَربِ فَلا حَقَّ لهُ فِي الغَنِيمَةِ، وَمَن مَاتَ مِنهُم بَعدَ إخرَاجِهَا إلى دَارِ الإِسلامِ فَنَصِيبُهُ لوَرَثَتِهِ) لأَنَّ الإِرثَ يَجرِي فِي المِلكِ، وَلا مِلكَ قَبل الإِحرَازِ، وَإِنَّمَا المِلكُ بَعدَهُ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: مَن مَاتَ مِنهُم بَعدَ استِقرَارِ الهَزِيمَةِ يُورَثُ نَصِيبُهُ لقِيَامِ المِلكِ فِيهِ عِندَهُ وَقَد بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلإِمَامِ حَمُولَةٌ) بِفَتْحِ الحَاءِ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ مِنْ بَعِيرٍ أَوْ فَرَسٍ أَوْ بَغْلٍ أَوْ حِمَارٍ (قَسَمَهَا بَيْنَ الغَانِمِينَ قِسْمَةَ إِيدَاعٍ) وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ ابْتِدَاءُ إِجَارَةٍ) أَيْ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَهَذَا احْتِرَازٌ عَنْ إِجَارَةٍ مُسْتَأْنَفَةٍ فِي حَالَةِ البَقَاءِ، فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الإِجَارَةِ بِالاتِّفَاقِ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ السَّفِينَةِ، فَإِنَّ مَنْ **اسْتَأْجَرَ سَفِينَةً شَهْرًا فَمَضَتْ المُدَّةُ فِي وَسَطِ البَحْرِ** فَإِنَّهُ يَنْعَقِدُ عَلَيْهَا إِجَارَةٌ أُخْرَى بِأَجْرِ المِثْلِ بِغَيْرِ رِضَا المَالِكِ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَمَا إِذَا نَفَقَتْ دَابَّتُهُ) يَعْنِي فِي كَوْنِهِ ابْتِدَاءَ إِجَارَةٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

وَقَوْلُهُ (وَيُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السِّيَرِ الكَبِيرِ) ظَاهِرٌ، وَيَكُونُ الأَجْرُ مِنْ الغَنَائِمِ يُبْتَدَأُ بِهِ قَبْلَ الخُمُسِ، لأَنَّ فِي هَذَا الاسْتِئْجَارِ مَنْفَعَةً لِلغَانِمِينَ فَهُوَ كَالاسْتِئْجَارِ لِسَوْقِ الغَنَمِ وَالرَّمَكِ، وَحَقُّ أَصْحَابِ الحَمُولَةِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الاسْتِئْجَارِ لأَنَّ شَرِكَةَ المِلكِ هِيَ الَّتِي لا تَمْنَعُ صِحَّةَ الاسْتِئْجَارِ لا شَرِكَةَ الحَقِّ كَمَا فِي مَالِ بَيْتِ المَالِ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الغَنَائِمِ قَبْلَ القِسْمَةِ) وَاضِحٌ مِمَّا تَقَدَّمَ.

قَوْلُهُ (وَلا مِلكَ قَبْلَ الإِحْرَازِ) فِيهَا نَظَرٌ؛ لأَنَّهُ يُنَاقِضُ قَوْلَهُ فِيمَا تَقَدَّمَ لأَنَّ بِكُلٍّ مِنْهَا يَتِمُّ المِلكُ. وَالجَوَابُ أَنَّهُ تَرَكَ ذِكْرَ القِسْمَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ وَبَيْعِ الغَنَائِمِ فِيهَا هَاهُنَا اعْتِمَادًا عَلَى ذِكْرِهِ هُنَاكَ أَوْ لأَنَّ ذَلِكَ لِعَارِضِ الحَاجَةِ وَالاعْتِبَارُ لِلأُمُورِ الأَصْلِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) أَيْ فِي مَسْأَلَةِ قِسْمَةِ الغَنِيمَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ.

قَال (وَلا بَأسَ بِأَن يَعلِفَ العَسكَرُ فِي دَارِ الحَربِ وَيَأكُلُوا مَا وَجَدُوهُ مِن الطَّعَامِ) قَال رَضِيَ اللهُ عَنهُ: أَرسَلَ وَلم يُقَيِّدهُ بِالحَاجَةِ، وَقَد شَرَطَهَا فِي رِوَايَةٍ وَلم يَشتَرِطهَا فِي أُخرَى. وَجهُ الأُولى أَنَّهُ مُشتَرَكٌ بَينَ الغَانِمِينَ فَلا يُبَاحُ الانتِفَاعُ بِهِ إلا لحَاجَةٍ كَمَا فِي الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ. وَجهُ الأُخرَى قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي طَعَامِ خَيبَرَ: «كُلُوهَا وَاعلِفُوهَا وَلا

تَحملُوهَا»[(١)] وَلأَنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلى دَليل الحَاجَةِ وَهُوَ كَونُهُ فِي دَارِ الحَربِ، لأَنَّ الغَازِيَ لا يَستَصحِبُ قُوتَ نَفسِهِ وَعَلفَ ظَهرِهِ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِيهَا وَالمِيرَةُ مُنقَطِعَةٌ، فَبَقِيَ عَلى أَصل الإِبَاحَةِ للحَاجَةِ بِخِلافِ السِّلاحِ لأَنَّهُ يَستَصحِبُهُ فَانعَدَمَ دَليلُ الحَاجَةِ، وَقَد تُمَسُّ إليهِ الحَاجَةُ فَتُعتَبَرُ حَقِيقَتُهَا فَيَستَعمِلُهُ ثُمَّ يَرُدُّهُ فِي المَغنَمِ إذَا استَغنَى عَنهُ، وَالدَّابَّةُ مِثلُ السِّلاحِ، وَالطَّعَامُ كَالخُبزِ وَاللحمِ وَمَا يُستَعمَلُ فِيهِ كَالسَّمنِ وَالزَّيتِ.

قَال (وَيَستَعمِلُوا الحَطَبَ) وَفِي بَعضِ النُّسَخِ: الطِّيبَ، (وَيَدهِنُوا بِالدُّهنِ وَيُوقِحُوا بِهِ الدَّابَّةَ) لمَسَاسِ الحَاجَةِ إلى جَمِيعِ ذَلكَ (وَيُقَاتِلُوا بِمَا يَجِدُونَهُ مِن السِّلاحِ، كُلُّ ذَلكَ بِلا قِسمَةٍ) وَتَأوِيلُهُ إذَا احتَاجَ إليهِ بِأَن لم يَكُن لهُ سِلاحٌ وَقَد بَيَّنَّاهُ (وَلا يَجُوزُ أَن يَبِيعُوا مِن ذَلكَ شَيئًا وَلا يَتَمَوَّلُونَهُ) لأَنَّ البَيعَ يَتَرَتَّبُ عَلى المِلكِ وَلا مِلكَ عَلى مَا قَدَّمنَاهُ، وَإِنَّمَا هُوَ إبَاحَةٌ وَصَارَ كَالمُبَاحِ لهُ الطَّعَامُ، وَقَولُهُ وَلا يَتَمَوَّلُونَهُ إشَارَةٌ إلى أَنَّهُم لا يَبِيعُونَهُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالعُرُوضِ لأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ إلى ذَلكَ، فَإِن بَاعَهُ أَحَدُهُم رَدَّ الثَّمَنَ إلى الغَنِيمَةِ؛ لأَنَّهُ بَدَلُ عَينٍ كَانَت للجَمَاعَةِ. وَأَمَّا الثِّيَابُ وَالمَتَاعُ فَيُكرَهُ الانتِفَاعُ بِهَا قَبل القِسمَةِ مِن غَيرِ حَاجَةٍ للاشتِرَاكِ، إلا أَنَّهُ يُقَسِّمُ الإِمَامُ بَينَهُم فِي دَارِ الحَربِ إذَا احتَاجُوا إلى الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ وَالمَتَاعِ؛ لأَنَّ المُحَرَّمَ يُستَبَاحُ للضَّرُورَةِ فَالمَكرُوهُ أَولى، وَهَذَا لأَنَّ حَقَّ المَدَدِ مُحتَمَلٌ، وَحَاجَةُ هَؤُلاءِ مُتَيَقَّنٌ بِهَا فَكَانَ أَولى بِالرِّعَايَةِ، وَلم يَذكُر القِسمَةَ فِي السِّلاحِ، وَلا فَرقَ فِي الحَقِيقَةِ لأَنَّهُ إذَا احتَاجَ وَاحِدٌ يُبَاحُ لهُ الانتِفَاعُ فِي الفَصلينِ، وَإِن احتَاجَ الكُلُّ يُقَسَّمُ فِي الفَصلينِ، بِخِلافِ مَا إذَا احتَاجُوا إلى السَّبيِ حَيثُ لا يُقَسَّمُ لأَنَّ الحَاجَةَ إليهِ مِن فُضُول الحَوَائِجِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَعْلفَ العَسْكَرُ) أَيْ دَوَابَّهُمْ العَلفَ (فِي دَارِ الحَرْبِ) وَقَوْلُهُ لَمْ يُقَيِّدْهُ بِالحَاجَةِ يَعْنِي القُدُورِيَّ فِي مُخْتَصَرِهِ (وَقَدْ شَرَطَهَا) يَعْنِي مُحَمَّدًا (فِي رِوَايَةٍ) هِيَ رِوَايَةُ السِّيَرِ الصَّغِيرِ (وَلَمْ يَشْتَرِطْهَا فِي أُخْرَى) وَهِيَ رِوَايَةُ السِّيَرِ الكَبِيرِ، وَوَجْهُ كُلٍّ مِنْهُمَا مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَعَلفَ ظَهْرِهِ) أَيْ دَابَّتَهُ وَاسْتَعَارَ لفْظَ الظَّهْرِ لهَا وَالمِيرَةُ الطَّعَامُ (فَيُعْتَبَرُ حَقِيقَتُهَا) أَيْ حَقِيقَةُ الحَاجَةِ فِي السِّلاحِ. وَقَوْلُهُ (وَالدَّابَّةُ مِثْلُ السِّلاحِ) يَعْنِي فِي اعْتِبَارِ

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩/١٠٤)، والمعرفة (٥٣٥٨)، وانظر نصب الراية (٣/٦٢١).

حَقِيقَةَ الحَاجَةِ لكنْ إذَا اُعْتُبِرَ حَاجَةُ الرُّكُوب، أَمَّا إِذَا اُعْتُبِرَ فِيهَا الأَكْلُ فَهِيَ كَالطَّعَامِ (وَيَسْتَعْمِلُوا الحَطَبَ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ الطِّيبُ) قِيلَ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لأَنَّ القُدُورِيَّ نَفْسَهُ قَالَ فِي شَرْحِ مُخْتَصَرِ الكَرْخِيِّ بِعَدَمِ جَوَازِ الانْتِفَاعِ بِالطِّيبِ، أَمَّا الحَطَبُ فَلِتَعَذُّرِ النَّقْلِ مِنْ دَارِ الإِسْلامِ جَازَ اسْتِعْمَالُهُ كَمَا فِي العَلَف. وَأَمَّا الإِدْهَانُ بِالدُّهْنِ فَالمُرَادُ بِهِ الدُّهْنُ المَأْكُولُ كَالزَّيْت، لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ مَأْكُولا كَانَ صَرْفُهُ إِلى بَدَنِهِ كَصَرْفِهِ إِلى أَكْلِه، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَأْكُولا لا يَنْتَفِعُ بِهِ بَلْ يَرُدُّهُ إِلى الغَنِيمَة.

قَوْلُهُ (وَيُوقِحُوا بِهِ الدَّابَّةَ) التَّوْقِيحُ تَصْلِيبُ حَافِرِهَا بِالشَّحْمِ المُذَابِ إِذَا خَفَى مِنْ كَثْرَةِ المَشْيِ، وَنُقِلَ عَنْ المُصَنِّفِ بِالرَّاءِ مِنْ التَّرْقِيحِ وَهُوَ الإِصْلاحُ، قَال: هَكَذَا قَرَأْنَا عَلى المَشَايِخ. قَال صَاحِبُ المُغْرِب: وَالرَّاءُ خَطَأٌ لأَنَّ الأَوَّل هَاهُنَا أَوْلى وَأَلْيَقُ. قُلت: هَذَا التَّعْلِيلُ إِنْ كَانَ مَنْقُولا عَنْهُ فَهُوَ مُنَاقِضٌ لأَنَّ تَرْكَ الأَوْلى لا يُسَمَّى خَطَأً. وَقَوْلُهُ (وَتَأْوِيلُهُ إلخْ) إِنَّمَا احْتَاجَ المُصَنِّفُ إِلى هَذَا التَّأْوِيل؛ لأَنَّهُ إِذَا احْتَاجَ الغَازِي إِلى اسْتِعْمَال سِلاحِ الغَنِيمَةِ بِسَبَبِ صِيَانَةِ سِلاحِهِ لا يَجُوزُ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ بِخِلافِ السِّلاحِ لأَنَّهُ يَسْتَصْحِبُهُ إلخْ. وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا) أَيْ لا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ (وَلا يَتَمَوَّلُونَهُ) أَيْ يَبِيعُونَهُ بِالعُرُوضِ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا قَدَّمْنَاهُ) يَعْنِي أَنَّهُ لا مِلكَ قَبْلَ الإِحْرَازِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (يُبَاحُ لهُ الانْتِفَاعُ فِي الفَصْلَيْنِ) أَيْ فِي فَصْلِ السِّلاحِ وَفَصْلِ الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ.

قَال (وَمَن أَسلمَ مِنهُم) مَعنَاهُ فِي دَارِ الحَربِ (أَحرزَ بِإِسلامِهِ نَفسَهُ) لأَنَّ الإِسلامَ يُنَافِي ابتِدَاءَ الاسترِقَاقِ (وَأَولادَهُ الصِّغَارَ) لأَنَّهُم مُسلِمُونَ بِإِسلامِهِ تَبَعًا (وَكُلَّ مَالٍ هُوَ فِي يَدِهِ) لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن أَسلمَ عَلى مَالٍ فَهُوَ لهُ»[1] وَلأَنَّهُ سَبَقَت يَدَهُ الحَقِيقِيَّةَ إِليهِ يَدُ الظَّاهِرِينَ عَليهِ (أَو وَدِيعَةٍ فِي يَدِ مُسلمٍ أَو ذِمِّيٍّ) لأَنَّهُ فِي يَدٍ صَحِيحَةٍ مُحتَرَمَةٍ وَيَدُهُ كَيَدِهِ (فَإِن ظَهَرنَا عَلى دَارِ الحرَابِ فَعَقَارُهُ فَيءٌ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: هُوَ لهُ لأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالمَنقُول. وَلنَا أَنَّ العَقَارَ فِي يَدِ أَهلِ الدَّارِ وَسُلطَانُهَا إِذَا هُوَ مِن جُملَةِ دَارِ الحَربِ فَلم يَكُن فِي يَدِهِ حَقِيقَةً، وَقِيل هَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الآخَرُ. وَفِي قَولِ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ هُوَ كَغَيرِهِ مِن الأَموَال بِنَاءً عَلى أَنَّ اليَدَ حَقِيقَةً

---

(١) أخرجه أبو يعلى (٥٨٤٧)، وابن عدي في الكامل (١٨٤/٧)، وانظر نصب الراية (٦٢٤/٣).

لا تَثبُتُ عَلى العقَارِ عِندَهُمَا، وَعِندَ مُحَمَّدٍ تَثبُتُ (وَزَوجَتُهُ فَيءٌ) لأنَّهَا كَافِرَةٌ حَربِيَّةٌ لا تَتبَعُهُ فِي الإسلامِ (وَكَذَا حَملُهَا فَيءٌ) خِلافًا للشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ إِنَّهُ مُسلمٌ تَبعًا كَالمُنفَصِلِ. وَلنَا أَنَّهُ جُزؤُهَا فَيَرِقُّ بِرِقِّهَا وَالمُسلمُ مَحَلٌّ للتَّمَلُّكِ تَبعًا لغَيرِهِ بِخِلافِ المُنفَصِلِ لأَنَّهُ حُرٌّ لانعِدَامِ الجُزئِيَّةِ عِندَ ذَلكَ (وَأَولادُهُ الكِبَارُ فَيءٌ) لأَنَّهُم كُفَّارٌ حَربِيُّونَ وَلا تَبَعِيَّةَ.

(وَمَن قَاتَل مِن عَبِيدِهِ فَيءٌ) لأَنَّهُ لَمَّا تَمَرَّدَ عَلى مَولاهُ خَرَجَ مِن يَدِهِ فَصَارَ تَبعًا لأَهل دَارِهِم (وَمَا كَانَ مِن مَالِهِ فِي يَدِ حَربِيٍّ فَهُوَ فَيءٌ) غَصبًا كَانَ أَو وَدِيعَةً؛ لأَنَّ يَدَهُ لَيسَت بِمُحتَرَمَةٍ (وَمَا كَانَ غَصبًا فِي يَدِ مُسلمٍ أَو ذِمِّيٍّ فَهُوَ فَيءٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يَكُونُ فَيئًا) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ رَحِمَهُ اللهُ: كَذَا ذُكِرَ الاختِلافُ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ. وَذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَول أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ. لهُمَا أَنَّ المَال تَابِعٌ للنَّفسِ، وَقَد صَارَت مَعصُومَةً بِإِسلامِهِ فَيَتبَعُهَا مَالُهُ فِيهَا. وَلو أَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ فَيُملكُ بِالاستِيلاءِ وَالنَّفسُ لم تَصِر مَعصُومَةً بِالإِسلامِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهَا لَيسَت بِمُتَقَوِّمَةٍ إلا أَنَّهُ مُحَرَّمٌ التَّعَرُّضُ فِي الأَصل لكَونِهِ مُكَلفًا وَإِبَاحَةُ التَّعَرُّضِ بِعَارِضِ شَرِّهِ وَقَد اندَفَعَ بِالإِسلامِ، بِخِلافِ المَالِ؛ لأَنَّهُ خُلِقَ عُرضَةً للامتِهَانِ فَكَانَ مَحَلًّا للتَّمَلُّكِ وَلَيسَت فِي يَدِهِ حُكمًا فَلَم تَثبُت العِصمَةُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَسْلمَ مِنْهُمْ) إنَّمَا احْتَاجَ المُصَنِّفُ إلى قَوْله مَعْنَاهُ فِي دَارِ الحَرْبِ لِيَقَعَ الاحْتِرَازُ به عَنْ مُسْتَأْمَنٍ دَخَل دَارَنَا بِأَمَان فَأَسْلمَ فِيهَا ثُمَّ ظَهَرَ المُسْلمُونَ على دَارِ الحَرْبِ فَإِنَّ أَوْلادَهُ وَأَمْوَالهُ كُلها فَيْءٌ، وَالفَيْءُ مَا نِيل مِنْ الكُفَّارِ بَعْدَمَا تَضَعُ الحَرْبُ أَوْزَارَهَا وَتَصِيرُ الدَّارُ دَارَ الإِسْلام. قَوْلُهُ (لأَنَّ الإِسْلامَ يُنَافِي ابْتِدَاءَ الاسْتِرْقَاق) لأَنَّهُ يَقَعُ جَزَاءً لاسْتِنْكَافه عَنْ عِبَادَة رَبِّه عَزَّ وَجل، فَإِنَّهُ لمَّا اسْتَنْكَفَ عَنْ عُبُوديَّة رَبِّه جَازَاهُ اللهُ تَعَالى بِأَنْ صَيَّرَهُ عَبْدَ عَبِيده، وَلمَّا كَانَ مُسْلمًا وَقْتَ الاسْتِيلاء لمْ يُوجَدْ شَرْطُ الاسْتِرْقَاق وَهُوَ الاسْتِنْكَافُ فَلا يُوجَدُ المَشْرُوطُ، وَاحْتُرِزَ بذَلكَ عَنْ الاسْتِرْقَاق حَالةَ البَقَاء، فَإِنَّ الإِسْلامَ لا يُنَافِيه كَمَا تَقَدَّمَ. قَوْلُهُ (وَأَوْلادَهُ الصِّغَارَ وَكُل مَالٍ) مَنْصُوبَان بالعَطْف على مَفْعُول أَحْرَزَ. وَقَوْلُهُ (فِي يَدٍ صَحِيحَةٍ) احْتِرَازٌ عَنْ يَد الغَاصِب. وَقَوْلُهُ (مُحْتَرَمَة) احْتِرَازٌ عَنْ يَد الحَرْبِيِّ.

قَوْلُهُ (وَقِيل هَذَا) أَيْ كَوْنُ عَقَارِهِ (فَيْئًا) قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الآخَرِ قَال شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ فِي المَبْسُوطِ وَالجَامِعِ الصَّغِيرِ، فَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنْ المَال فَهُوَ لهُ إلا العَقَارَ فَإِنَّهُ فَيْءٌ فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: أَسْتَحْسِنُ فِي العَقَارِ أَنْ أَجْعَلهُ لهُ؛ لأَنَّهُ ملكٌ مُحْتَرَمٌ لهُ كَالمَنْقُول، وَهَذَا كَمَا تَرَى مُخَالفٌ لمَا فِي الكِتَابِ بِاعْتِبَارِ قَوْل مُحَمَّدٍ، إلا إنْ كَانَ عَنْهُ أَيْضًا رِوَايَتَان فَقَدْ هَانَ الخَطْبُ إذْ ذَاكَ.

قَوْلُهُ (عِنْدَهُمَا) أَيْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لأَنَّ اليَدَ عَلى البِقَاعِ إنَّمَا تَثْبُتُ حُكْمًا وَدَارُ الحَرْبِ ليْسَتْ بِدَارِ الأَحْكَامِ فَلا مُعْتَبَرَ بِيَدِهِ فِيهَا قَبْل ظُهُورِ المُسْلمِينَ عَليْهَا وَبَعْدَ الظُّهُورِ يَدُ الغَانِمِينَ فِيهَا أَقْوَى مِنْ يَدِهِ لغَلبَتِهِمْ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ تَثْبُتُ (وَزَوْجَتُهُ فَيْءٌ) لأَنَّهَا كَافِرَةٌ لا تَتْبَعُهُ فِي الإِسْلامِ لأَنَّ المُسْلمَ يَتَزَوَّجُ الكِتَابِيَّةَ وَتَبْقَى كِتَابِيَّةً وَلا تَصِيرُ مُسْلمَةً تَبَعًا لزَوْجِهَا إذْ هُوَ مِنْ بَابِ الاعْتِقَادِ (وَكَذَا حَمْلُهَا فَيْءٌ خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ) فِي الحَمْل (هُوَ يَقُولُ إنَّهُ) أَيْ الحَمْل (مُسْلمٌ) بِتَبَعِيَّةِ أَبِيهِ وَالمُسْلمُ لا يُسْتَرَقُّ كَالوَلدِ المُنْفَصِل (وَلنَا أَنَّهُ جُزْؤُهَا) وَهِيَ قَدْ صَارَتْ فَيْئًا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يُسْتَثْنَى الجَنِينُ فِي إعْتَاقِ الأُمِّ كَمَا لا يُسْتَثْنَى سَائِرُ أَجْزَائِهَا؛ فَكَمَا أَنَّ الحَمْل لا يَصِيرُ عَبْدًا عِنْدَ إعْتَاقِ الأُمِّ مُسْتَثْنًى بِحَالٍ، فَكَذَا فِي الاسْتِرْقَاقِ لا يَصِيرُ الجَنِينُ مُسْتَثْنًى بَعْدَمَا ثَبَتَ الرِّقُّ فِي الأُمِّ.

وَقَوْلُهُ (وَالمُسْلمُ مَحَلٌّ للتَّمَلُّكِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهِ إنَّهُ مُسْلمٌ تَبَعًا. وَتَقْرِيرُهُ سَلمْنَا أَنَّهُ مُسْلمٌ تَبَعًا لكِنْ المُسْلمُ مَحَلٌّ التَّمَلُّكِ تَبَعًا لغَيْرِهِ، كَمَا إذَا **تَزَوَّجَ المُسْلمُ أَمَةَ الغَيْرِ** يَكُونُ الوَلدُ رَقِيقًا بِتَبَعِيَّةِ الأُمِّ وَإِنْ كَانَ مُسْلمًا بِإِسْلامِ أَبِيهِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ المُنْفَصِل) جَوَابٌ عَنْ قَوْلهِ كَالمُنْفَصِل وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكَذَلكَ قَوْلُهُ (وَأَوْلادُهُ الكِبَارُ فَيْءٌ، وَمَنْ قَاتَل مِنْ عَبِيدِهِ فَيْءٌ لأَنَّهُ لمَّا تَمَرَّدَ عَلى مَوْلاهُ خَرَجَ مِنْ يَدِهِ وَصَارَ تَبَعًا لأَهْل الدَّارِ) وَأَهْلُ الدَّارِ فَيْءٌ، وَمَنْ لمْ يُقَاتِل فَليْسَ بِفَيْءٍ لأَنَّهُمْ أَتْبَاعُهُ.

وَقَوْلُهُ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالهِ فِي يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ غَصْبًا كَانَ أَوْ وَدِيعَةً لأَنَّ يَدَهُ ليْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ) اُعْتُرِضَ عَليْهِ بِأَنَّ مَا قَامَ مَقَامَ غَيْرِهِ إنَّمَا يَعْمَلُ بِوَصْفِ الأَصْل لا بِوَصْفِ نَفْسِهِ كَالتُّرَابِ مَعَ المَاءِ فِي التَّيَمُّمِ، وَلمَّا كَانَ الحَرْبِيُّ مَقَامَ المُودَعِ المُسْلمِ كَانَ الوَاجِبُ أَنْ تَكُونَ يَدُهُ كَيَدِ المُسْلمِ مُحْتَرَمًا نَظَرًا إلى نَفْسِهِ لا غَيْرَ مُحْتَرَمٍ نَظَرًا إلى

الحَرْبِيِّ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قِيَامَ يَدِ المُودَعِ عَلَى الوَدِيعَةِ حَقِيقِيٌّ وَقِيَامَ يَدِ المَالِكِ عَلَيْهَا حُكْمِيٌّ، وَاعْتِبَارُ الحُكْمِيِّ إِنْ أَوْجَبَ العِصْمَةَ فَاعْتِبَارُ الحَقِيقِيِّ يَمْنَعُهَا، وَالعِصْمَةُ لَمْ تَكُنْ ثَابِتَةً لِأَنَّ المَالَ فِي أَصْلِهِ عَلَى صِفَةِ الإِبَاحَةِ وَعِصْمَتُهُ تَابِعَةٌ لِعِصْمَةِ المَالِكِ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ التَّبَعِيَّةُ أَنْ لَوْ ثَبَتَ يَدُ المَالِكِ المَعْصُومِ لَهُ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا مَعَ الاحْتِرَامِ، لِأَنَّهُ بِدُونِ الاحْتِرَامِ يُعَارِضُهَا جِهَةُ الإِبَاحَةِ الأَصْلِيَّةِ فَلا تَثْبُتُ بِالشَّكِّ. وَقَوْلُهُ (وَمَا كَانَ غَصْبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ) اخْتَلَفَ نُسَخُ الهِدَايَةِ فِي هَذَا المَوْضِعِ فَبَعْضُهَا وَقَعَ هَكَذَا (وَمَا كَانَ غَصْبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالا لا يَكُونُ فَيْئًا، قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: كَذَا ذَكَرَ الاخْتِلافَ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ. وَذَكَرَ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ) وَهُوَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَذْكُورٍ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ بِلَفْظِ قَالا، بَل لَيْسَ لِأَبِي يُوسُفَ فِيهِ ذِكْرٌ وَبَعْضُهَا وَقَعَ هَكَذَا، وَذَكَرَ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَهُوَ أَيْضًا لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ المَذْكُورَ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَبَعْضُهَا وَقَعَ هَكَذَا فَهُوَ فَيْءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَكُونُ فَيْئًا. قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: كَذَا ذَكَرَ الاخْتِلافَ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ، وَذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ المُطَابِقُ لِرِوَايَةِ السِّيَرِ الكَبِيرِ وَشَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ (لَهُمَا أَنَّ المَالَ تَابِعٌ لِلنَّفْسِ) لِكَوْنِهِ وِقَايَةً لَهَا (وَالنَّفْسُ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِالإِسْلامِ فَيَتْبَعُهَا مَالُهُ فِيهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ) أَيْ المَالَ الذِي غَصَبَهُ المُسْلِمُ أَوْ الذِّمِّيُّ مِنْ الحَرْبِيِّ الذِي أَسْلَمَ (مَالٌ مُبَاحٌ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَعْصُومٍ لِعَدَمِ الإِحْرَازِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا؛ أَمَّا حَقِيقَةً فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ نَائِبِهِ لِكَوْنِهِ فِي يَدِ الغَاصِبِ وَهُوَ لَيْسَ بِنَائِبٍ. بِخِلافِ المُودَعِ وَكُلُّ مَالٍ مُبَاحٍ يُمْلَكُ بِالاسْتِيلاءِ بِلا خِلافٍ.

وَقَوْلُهُ (وَالنَّفْسُ لَمْ تَصِرْ مَعْصُومَةً بِإِسْلامِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَقَدْ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلامِهِ. وَتَقْرِيرُهُ: لا نُسَلِّمُ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلامِهِ (أَلا تَرَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ) حَتَّى لا يَجِبَ القِصَاصُ وَالدِّيَةُ عَلَى قَاتِلِهِ فِي دَارِ الحَرْبِ. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ لَمْ تَكُنْ مَعْصُومَةً لَمَا كَانَتْ مُحَرَّمَ التَّعَرُّضِ كَالحَرْبِيِّ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (إِلا أَنَّهَا مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ فِي الأَصْلِ) يَعْنِي أَنَّ حُرْمَةَ التَّعَرُّضِ لَيْسَتْ لِكَوْنِهَا مَعْصُومَةً. وَإِنَّمَا هِيَ

باعْتِبَارِ أَنَّ النَّفْسَ عَلى الإِطْلاقِ مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ فِي الأَصْلِ لِكَوْنِهَا مُكَلَّفَةً لِتَقُومَ بِمَا كُلِّفَتْ بِهِ (وَإِبَاحَةُ التَّعَرُّضِ) إِنَّمَا هِيَ (بِعَارِضِ شَرِّهِ. وَقَدْ انْدَفَعَ بالإِسْلامِ) فَعَادَتْ إِلى أَصْلِهَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا مَعْصُومَةٌ (بِخِلافِ المَالِ لأَنَّهُ خُلِقَ عُرْضَةً لِلامْتِهَانِ فَكَانَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ) فَكَانَ المُقْتَضِي مَوْجُودًا وَالمَانِعُ مُنْتَفِيًا لأَنَّ المَانِعَ كَوْنُهُ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا مَعَ الاحْتِرَامِ، وَهَذَا لَيْسَ فِي يَدِهِ حُكْمًا لأَنَّ يَدَ الغَاصِبِ لَيْسَتْ بِنَائِبَةٍ عَنْ يَدِ المَالِكِ فَلَمْ تَثْبُتْ العِصْمَةُ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ أَحَدٍ فَكَانَ فَيْئًا.

(وَإِذَا خَرَجَ المُسلمُونَ مِن دَارِ الحَرْبِ لم يَجُز أن يَعلفُوا مِن الغَنِيمَةِ وَلا يَأكُلُوا مِنهَا) لأنَّ الضَّرُورَةَ قَد ارتَفَعَت، وَالإِبَاحَةُ بِاعتِبَارِهَا، وَلأنَّ الحَقَّ قَد تَأَكَّدَ حَتَّى يُوَرَّثَ نَصِيبُهُ وَلا كَذَلِكَ قَبلَ الإِخرَاجِ إِلى دَارِ الإِسلامِ (وَمَن فَضَلَ مَعَهُ عَلفٌ أَو طَعَامٌ رَدَّهُ إِلى الغَنِيمَةِ) مَعنَاهُ إِذَا لم تُقسَّم. وَعَن الشَّافِعِيِّ مِثلُ قَولِنَا. وَعَنهُ أَنَّهُ لا يَرُدُّ اعتِبَارًا بِالمُتَلصِّصِ. وَلنَا أَنَّ الاختِصَاصَ ضَرُورَةُ الحَاجَةِ وَقَد زَالت، بِخِلافِ المُتَلصِّصِ؛ لأَنَّهُ كَانَ أَحَقَّ بِهِ قَبلَ الإِحرَازِ فَكَذَا بَعدَهُ، وَبَعدَ القِسمَةِ تَصدَّقُوا بِهِ إن كَانُوا أَغنِيَاءَ، وَانتَفَعُوا بِهِ إن كَانُوا مَحَاوِيجَ لأَنَّهُ صَارَ فِي حُكمِ اللُّقَطَةِ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلى الغَانِمِينَ، وَإِن كَانُوا انتَفَعُوا بِهِ بَعدَ الإِحرَازِ تُرَدُّ قِيمَتُهُ إِلى المَغنَمِ إن كَانَ لم يُقسَّم، وَإِن قُسِّمَت الغَنِيمَةُ فَالغَنِيُّ يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهِ وَالفَقِيرُ لا شَيءَ عَلَيهِ لِقِيَامِ القِيمَةِ مَقَامَ الأَصلِ فَأَخَذَ حُكمَهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا خَرَجَ المُسْلمُونَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ تُقْسَمْ) يَعْنِي الغَنِيمَةَ. وَقَوْلُهُ (اعْتِبَارًا بِالمُتَلَصِّصِ) فَإِنَّهُ إِذَا **دَخَلَ الوَاحِدُ أَوْ الاثْنَانِ دَارَ الحَرْبِ مُغِيرِينَ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا** فَهُوَ لَهُمْ، وَلا يُخَمَّسُ لأَنَّهُ لَيْسَ بِغَنِيمَةٍ إِذْ الغَنِيمَةُ هُوَ المَأْخُوذُ قَهْرًا بِإِذْنِ الإِمَامِ فَهُوَ مُبَاحٌ سَبَقَتْ أَيْدِيهِمْ إِلَيْهِ. قَوْلُهُ (وَبَعْدَ القِسْمَةِ تَصَدَّقُوا بِهِ) أَيْ إِذَا **جَاءُوا بِمَا فَضَلَ مِنْ طَعَامٍ أَوْ عَلَفٍ أَخَذُوا مِنْ الغَنِيمَةِ بَعْدَ قِسْمَةِ الإِمَامِ الغَنِيمَةَ فِي دَارِ الإِسْلامِ** تَصَدَّقُوا بِهِ.

وَيُقَالُ رَجُلٌ مَحُوجٌ: أَيْ مُحْتَاجٌ، وَقَوْمٌ مَحَاوِيجُ. وَقَوْلُهُ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلى الغَانِمِينَ يَعْنِي لِتَفَرُّقِهِمْ. وَقَوْلُهُ (فَأَخَذَ حُكْمَهُ) أَيْ أَخَذَتْ الغَنِيمَةُ حُكْمَ الأَصْلِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ ضَمِيرَ الغَنِيمَةِ عَلى تَأْوِيلِ مَا يَقُومُ أَوْ عَلى تَأْوِيلِ المَذْكُورِ: يَعْنِي لَوْ كَانَ فَاضِلُ الغَنِيمَةِ

الذي كَانَ مَعَهُ قَائِمًا بعَيْنِه وَهُوَ فَقِيرٌ فَقَدْ حَل لهُ التَّنَاوُلُ مِنْهُ فَكَذَا يَحِلُّ لهُ التَّنَاوُلُ مِنْ قِيمَتِهِ لأَنَّ الغَنِيمَةَ تَقُومُ مَقَامَ الأَصْلِ.

فَصلٌ فِي كَيفِيَّةِ القِسمَةِ

قَال (وَيُقَسِّمُ الإِمَامُ الغَنِيمَةَ فَيُخرِجُ خُمُسَهَا) لقَولِهِ تَعَالى: «فَأَنَّ للهِ خُمُسَهُ» استَثنَى الخُمُسَ (وَيُقَسِّمُ الأَربَعَةَ الأَخمَاسِ بَينَ الغَانِمِينَ) «لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَسَّمَهَا بَينَ الغَانِمِينَ» (ثُمَّ للفَارِسِ سَهمَانِ وَللرَّاجِل سَهمٌ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى (وَقَالا: للفَارِسِ ثَلاثَةُ أَسهُمٍ) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى، لمَا رَوَى ابنُ عُمَرَ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَسهَمَ للفَارِسِ ثَلاثَةَ أَسهُمٍ وَللرَّاجِل سَهمًا» وَلأَنَّ الاستِحقَاقَ بِالغِنَاءِ وَغِنَاؤُهُ عَلى ثَلاثَةِ أَمثَالِ الرَّاجِلِ؛ لأَنَّهُ للكَرِّ وَالفَرِّ وَالثَّبَاتِ، وَالرَّاجِلُ للثَّبَاتِ لا غَيرُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى مَا رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَعطَى الفَارِسَ سَهمَينِ وَالرَّاجِل سَهمًا»(١) فَتَعَارَضَ فِعلاهُ، فَيُرجَعُ إلى قَولِهِ وَقَد قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «للفَارِسِ سَهمَانِ وَللرَّاجِل سَهمٌ»(٢) كَيفَ وَقَد رُوِيَ عَن ابنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ تَعَالى عَنهُمَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ قَسَّمَ للفَارِسِ سَهمَينِ»(٣) وَإِذَا تَعَارَضَت رِوَايَتَاهُ تُرَجَّحُ رِوَايَةُ غَيرِهِ، وَلأَنَّ الكَرَّ وَالفَرَّ مِن جِنسٍ وَاحِدٍ فَيَكُونُ غِنَاؤُهُ مِثلَي غِنَاءِ الرَّاجِل فَيَفضُلُ عَليهِ بِسَهمٍ وَلأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعتِبَارُ مِقدَارِ الزِّيَادَةِ لتَعَذُّرِ مَعرِفَتِهِ فَيُدَارُ الحُكمُ عَلى سَبَبٍ ظَاهِرٍ، وَللفَارِسِ سَبَبَانِ النَّفسُ وَالفَرَسُ، وَللرَّاجِل سَبَبٌ وَاحِدٌ فَكَانَ استِحقَاقُهُ عَلى ضِعفِهِ.

الشرح:

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ): لَمَّا بَيَّنَ أَحْكَامَ الغَنَائِمِ لا بُدَّ مِنْ بَيَانِ كَيْفِيَّةِ قِسْمَتِهَا، وَالقِسْمَةُ عِبَارَةٌ عَنْ جَمْعِ النَّصِيبِ الشَّائِعِ فِي مَكَانٍ مُعَيَّنٍ (**وَيَقْسِمُ الإِمَامُ الغَنِيمَةَ فَيُخْرِجُ خُمُسَهَا** لقَوْلِه تَعَالى: ﴿ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [الأنفال: ٤١] اسْتَثْنَى الخُمُسَ) أَيْ أَخْرَجَهُ، اسْتَعَارَ الاسْتِثْنَاءَ للإِخْرَاجِ لوُجُودِ مَعْنَاهُ فِيهِ (وَيَقْسِمُ الأَرْبَعَةَ الأَخْمَاسَ بَيْنَ الغَانِمِينَ)

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦٣١): غريب من حديث ابن عباس.
(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦٣٢): غريب جدا، وأخطأ من عزاه لابن أبي شيبة.
(٣) أخرجه الدارقطني (٤/١٠٦)، وانظر نصب الراية (٣/٦٣٣).

بالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالإِجْمَاعِ، أَمَّا الكِتَابُ فَلأَنَّ اللهَ تَعَالى قَالَ: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ﴾ [الأنفال: ٤١] أَضَافَ الغَنِيمَةَ إلى الغَانمينَ وَهُمْ الغُزَاةُ ثُمَّ قَال تَعَالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] فَكَانَ بَيَانَ ضَرُورَةِ أَنَّ بَقِيَّةَ الأَخْمَاسِ للغُزَاة، وَقَدْ عُرِفَ ذَلكَ فِي أُصُول الفِقْه. وَأَمَّا السُّنَّةُ فَلأَنَّ النَّبيَّ ﷺ قَسَمَهَا بَيْنَ الغَانمينَ، وَلأَنَّ الأَرْبَعَةَ الأَخْمَاسَ للغَانمينَ بالإِجْمَاعِ فَيُقْسَمُ بَيْنَهُمْ أَيْضًا إيصَالا للحَقِّ إلى مُسْتَحقِّه. ثُمَّ كَيْفِيَّةُ القِسْمَة أَنْ يُعْطِيَ الفَارِسَ سَهْمَيْنِ وَالرَّاجِل سَهْمًا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وَقَالا: وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعيِّ ﷺ للفَارِسِ: ثَلاثَةُ أَسْهُمٍ) وَرَوَوْا في ذَلكَ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَالغَنَاء بالمَدِّ وَالفَتْحِ الإِجْزَاءُ وَالكِفَايَةُ وَالكَرُّ الحَمْلَةُ وَالفَرُّ بِمَعْنَى الفِرَار، وَالفِرَارُ إذَا كَانَ لأَجْل أَنْ يَكُونَ الكَرُّ أَشَدَّ كَانَ مِنْ الجِهَاد، وَالفِرَارُ فِي مَوْضِعه مَحْمُودٌ لئَلا يَرْتَكِبَ المَنْهِيَّ المَذْكُورَ فِي قَوْله تَعَالى ﴿وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] (وَلأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلكِنْ طَرِيقَةُ اسْتِدْلاله مُخَالِفَةٌ لقَوَاعد الأُصُول، فَإِنَّ الأَصْلَ أَنَّ الدَّليلَيْنِ إذَا تَعَارَضَا وَتَعَذَّرَ التَّوْفِيقُ وَالتَّرْجِيحُ يُصَارُ إلى مَا بَعْدَهُ لا إلى مَا قَبْلَهُ وَهُوَ قَوْلُهُ فَتَعَارَضَ فِعْلاهُ فَيَرْجِعُ إلى قَوْله وَالمَسْلَكُ المَعْهُودُ فِي مِثْله أَنْ يُسْتَدَل بِقَوْله وَيَقُولُ فِعْلُهُ لا يُعَارِضُ قَوْلَهُ لكَوْن القَوْل أَقْوَى بالاتِّفَاق.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا تَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ تُرَجَّحُ رِوَايَةُ غَيْرِه) أَيْ سَلمَتْ عَنْ المُعَارَضَة فَيُعْمَلُ بِهَا: يَعْنِي رِوَايَةَ ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَوْلُهُ (فَيَكُونُ غَنَاؤُهُ مِثْل غَنَاء الرَّجُل) لأَنَّ نَفْسَ الفِرَارِ لَيْسَ بِمَحْمُود، بَل الفِرَارُ إنَّمَا يَحْسُنُ إذَا فُعِل لأَجْل الكَرِّ، فَيَكُونَان مِنْ جِنْسٍ وَاحِد (وَلأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَة لتَعَذُّرِ مَعْرِفَته) يَعْنِي قَدْ يَزِيدُ الفَارِسُ عَلى فَارِسٍ آخَرَ وَالرَّاجِلُ عَلى رَاجِلٍ آخَرَ فِي الغَنَاء، وَالوُقُوفُ عَلى تلكَ الزِّيَادَة مُتَعَذِّرٌ لأَنَّهَا تَظْهَرُ عِنْدَ المُسَايَفَة وَكُلٌّ مِنْهُمْ مَشْغُولٌ بِرُوحه، وَإِذَا كَانَ مُتَعَذِّرًا وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ أُدِيرَ الحُكْمُ عَلَيْه (وَللفَارِسِ سَبَبَان نَفْسُهُ وَالفَرَسُ، وَللرَّاجِل سَبَبٌ وَاحِدٌ) وَهُوَ نَفْسُهُ (فَكَانَ اسْتِحْقَاقُ الفَارِسِ عَلى ضِعْفِه)

(وَلا يُسهمُ إلا لفَرَسٍ وَاحِدٍ) وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يُسهمُ لفَرَسَين، لمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَسهَمَ لفَرَسَين»[1] وَلأَنَّ الوَاحِدَ قَد يَعيَا فَيَحتَاجُ إلى الآخَرِ، وَلهُمَا «أَنَّ البَرَاءَ بنَ أَوسٍ قَادَ

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١٠٤)، وانظر نصب الراية (٣/٦٣٤).

فَرَسَيْنِ فَلم يُسهِم رَسُولُ اللهِ ﷺ إلا لفَرَسٍ وَاحِدٍ» وَلأنّ القِتَال لا يَتَحقَّقُ بِفرَسَينِ دَفعَةً وَاحِدَةً فَلا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ مُفضِيًا إلى القِتَال عَليهِمَا فَيُسهِمُ لوَاحِدٍ، وَلِهَذَا لا يُسهِمُ لثَلاثَةِ أَفرَاسٍ، وَمَا رَوَاهُ مَحمُولٌ عَلَى التَّنفِيل كَمَا أَعطَى سَلمَةَ بنَ الأَكوَعِ سَهمَينِ وَهُوَ رَاجِلٌ[١] (وَالبَرَاذِينُ وَالعِتَاقُ سَوَاءٌ) لأنَّ الإرهَابَ مُضَافٌ إلى جِنسِ الخَيل فِي الكِتَابِ، قَال اللهُ تَعَالى: ﴿ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ ﴾ **[الأنفال: ٦٠] وَاسمُ الخَيل يَنطَلِقُ عَلى البَرَاذِينِ وَالعِرَابِ وَالهَجِينِ وَالمَقرِفِ إطلاقًا وَاحِدًا، وَلأنَّ العَرَبِيَّ إن كَانَ فِي الطَّلَبِ وَالهَرَبِ أَقوَى فَالبِرذَونُ أَصبَرُ وَأَليَنُ عَطفًا، فَفِي كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا مَنفَعَةٌ مُعتَبَرَةٌ فَاستَوَيَا.**

الشرح:

قَوْلُهُ **وَلا يُسْهَمُ إلا لفَرَسٍ وَاحِد)** وَاضِحٌ. حَاصِلُ الدَّلِيلَيْنِ وُقُوعُ التَّعَارُضِ بَيْنَ رِوَايَتَيْ فِعْلِه ﷺ وَالرُّجُوعُ إلى مَا بَعْدَهُمَا وَهُوَ القِيَاسُ بِقَوْلِه (وَلأَنَّ القتَال لا يَتَحقَّقُ بِفَرَسَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً) فَلا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ وَهُوَ مُجَاوَزَةُ الدَّرْبِ مُفْضِيًا إلى زِيَادَةِ الغَنَاءِ بِالقِتَال عَلَيْهِمَا فَيُسْهَمُ لوَاحِدٍ وَلِهَذَا لا يُسْهَمُ لثَلاثَة أَفْرَاسٍ. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلى التَّنْفِيل إلخ) اسْتِظْهَارٌ فِي تَقْوِيَةِ الدَّلِيل لأَنَّ مَا رَوَاهُ لَمَّا سَقَطَ بِالمُعَارَضَةِ لا يَحْتَاجُ إلى جَوَابٍ عَنْهُ أَوْ تَأْوِيلٍ لهُ (وَالبَرَاذِينُ وَالعَتَاقُ سَوَاءٌ) البَرَاذِينُ جَمْعُ بِرْذَوْنٍ وَهُوَ فَرَسُ العَجَمِ، وَالعَتَاقُ الكَرَائِمُ. يُقَالُ عَتَاقُ الخَيْل وَالطَّيْرِ لكَرَائِمهِمَا، وَالعِرَابُ خِلافُ فَرَسِ العَجَمِ. وَالهَجِينُ مَا يَكُونُ أَبُوهُ مِنْ الكَوَادِنِ وَأُمُّهُ عَرَبِيَّةً، وَالكَوْدَنُ البِرْذَوْنُ وَيُشْبِهُ به البَلِيدُ، وَالمَقْرِفُ عَكْسُ الهَجِينِ، وَإِنَّمَا تَصَدَّى لذِكْرِ التَّسْوِيَة بَيْنَ البِرْذَوْنِ وَالعَتَاقِ لأَنَّ أَهْلَ الشَّامِ يَقُولانِ **لا يُسْهَمُ للبَرَاذِينِ** وَرَوَوْا فيه حَدِيثًا عَنْ رَسُول الله ﷺ شَاذًّا، وَحُجَّتُنَا مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (أَلْيَنَ عَطْفًا) بِفَتْحِ العَيْنِ وَكَسْرِهَا، فَمَعْنَى الفَتْحِ الإِمَالَةُ، وَمَعْنَى الكَسْرِ الجَانِبُ.

(وَمَن دَخَل دَارَ الحَربِ فَارِسًا فَنَفَقَ فَرَسُهُ استَحَقَّ سَهمَ الفُرسَانِ، وَمَن دَخَل رَاجِلا فَاشتَرَى فَرَسًا استَحَقَّ سَهمَ رَاجِلٍ) وَجَوَابُ الشَّافِعِيِّ عَلى عَكسِهِ فِي الفَصلينِ، وَهَكَذَا رَوَى ابنُ المُبَارَكِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ فِي الفَصل الثَّانِي أَنَّهُ يَستَحِقُّ سَهمَ الفُرسَانِ. وَالحَاصِلُ أَنَّ المُعتَبَرَ

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد (١٣٢)، وانظر نصب الراية (٣/٦٣٦).

عِندَنَا حَالَۃُ المُجَاوَزَةِ، وَعِندَهُ حَالَۃُ انقِضَاءِ الحَربِ لهُ أنَّ السَّبَبَ هُوَ القَهرُ وَالقِتَالُ فَيُعتَبَرُ حَالُ الشَّخصِ عِندَهُ وَالمُجَاوَزَةُ وَسِيلَۃٌ إلى السَّبَبِ كَالخُرُوجِ مِن البَيتِ، وَتَعلِيقِ الأحكَامِ بِالقِتَال يَدُلُّ عَلَى إمكَانِ الوُقُوفِ عَلَيهِ، وَلو تَعذَّرَ أو تَعسَّرَ تَعلَقَ بِشُهُودِ الوَقعَۃِ؛ لأنَّهُ أقرَبُ إلى القِتَال. وَلنَا أنَّ المُجَاوَزَةَ نَفسَهَا قِتَالٌ لأنَّهُ يَلحَقُهُم الخَوفُ بِهَا وَالحَالُ بَعدَهَا حَالَۃُ الدَّوَامِ وَلا مُعتَبَرَ بِهَا؛ وَلأنَّ الوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَۃِ القِتَال مُتَعَسِّرٌ؛ وَكَذَا عَلَى شُهُودِ الوَقعَۃِ لأنَّ حَال التِقَاءِ الصَّفَّينِ فَتُقَامُ المُجَاوَزَةُ مَقَامَهُ إذ هُوَ السَّبَبُ المُفضِي إليهِ ظَاهِرًا إذَا كَانَ عَلَى قَصدِ القِتَال فَيُعتَبَرُ حَالُ الشَّخصِ بِحَالَۃِ المُجَاوَزَةِ فَارِسًا كَانَ أو رَاجِلا. وَلو دَخَل فَارِسًا وَقَاتَل رَاجِلا لضِيقِ المَكَانِ يَستَحِقُّ سَهمَ الفُرسَانِ بِالاتِّفَاقِ، وَلو دَخَل فَارِسًا ثُمَّ بَاعَ فَرَسَهُ أو وَهَبَ أو أجَّرَ أو رَهَنَ فَفِي رِوَايَۃِ الحَسَنِ عَن أبِي حَنِيفَۃَ يَستَحِقُّ سَهمَ الفُرسَانِ اعتِبَارًا للمُجَاوَزَةِ. وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَۃِ يَستَحِقُّ سَهمَ الرَّجَّالَۃِ لأنَّ الإقدَامَ عَلَى هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ يَدُلُّ عَلَى أنَّهُ لم يَكُن مِن قَصدِهِ بِالمُجَاوَزَةِ القِتَالُ فَارِسًا. وَلو بَاعَهُ بَعدَ الفَرَاغِ لم يَسقُط سَهمُ الفُرسَانِ، وَكَذَا إذَا بَاعَ فِي حَالَۃِ القِتَال عِندَ البَعضِ. وَالأصَحُّ أنَّهُ يَسقُطُ لأنَّ البَيعَ يَدُلُّ عَلَى أنَّ غَرَضَهُ التِّجَارَةُ فِيهِ إلا أنَّهُ يَنتَظِرُ عِزَّتَهُ

الشرح:

قَال (وَمَنْ دَخَل دَارَ الحَرْبِ فَارِسًا) هَذَا البَيَانُ وَقْتَ إقَامَة السَّبَبِ الظَّاهِرِ مَقَامَ مَا يُوجِبُ زِيَادَةَ السَّهْمِ وَهُوَ وَقْتُ مُجَاوَزَة الدَّرْب عِنْدَنَا. وَقَوْلُهُ (وَهَكَذَا) أَيْ كَقَوْل الشَّافِعِيِّ ﷺ (رَوَى ابْنُ المُبَارَك عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ في الفَصْل الثَّاني) يَعْني مَا إذَا **دَخَل دَارَ الحَرْب رَاجلا ثُمَّ اشْتَرَى فَرَسًا وَقَاتَل فَارسًا**، وَفي ظَاهِرِ الرِّوَايَة لا يَسْتَحقُّ سَهْمَ الفُرْسَانِ (وَالحَاصِلُ أنَّ المُعْتَبَرَ عِنْدَنَا في وَقْتِ إقَامَة السَّبَب مَقَامَ ذَلكَ حَالَةَ المُجَاوَزَة) أَيْ مُجَاوَزَة الدَّرْب.

قَال الخَليلُ: الدَّرْبُ البَابُ الوَاسِعُ عَلى السِّكَّة وَعَلى كُل مَدْخَلٍ مِنْ مَدَاخل الرُّومِ دَرْبٌ مِنْ دُرُوبِهَا، لكنْ المُرَادُ بالدَّرْبِ هَاهُنَا هُوَ البَرْزَخُ الحَاجزُ بَيْنَ الدَّارَيْن دَارِ الإسْلام وَدَارِ الحَرْب، حَتَّى لوْ جَاوَزْت الدَّرْبَ دَخَلت في حَدِّ دَارِ الحَرْب، وَلوْ جَاوَزَ أَهْلُ دَارِ الحَرْب الدَّرْبَ دَخَلُوا في حَدِّ دَارِ الإسْلام (وَعنْدَهُ حَال انْقضَاء الحَرْب) أيْ تَمَامُهَا وَهَذه رِوَايَةٌ عَنْهُ، وَالظَّاهِرُ منْ مَذْهَبه أَنَّهُ يَعْتَبرُ مُجَرَّدَ شُهُود الوَقْعَة، وَدَليلُهُ يَدُلُّ

عَلى ذَلكَ، وَكَانَ الْمُصَنِّفُ أَشَارَ بِقَوْلِه حَال انْقِضَاءِ الحَرْبِ إلى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْهُ وَبِالدَّلِيل إلى الأُخْرَى لأَنَّ قَوْلَهُ (يُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ القِتَال إشَارَةٌ إلى حَال شُهُود الوَقْعَة لا إلى حَال انْقِضَائِهَا. وَقَوْلُهُ (وَالْمُجَاوَزَةُ وَسِيلَةٌ) رَدٌّ لِمَذْهَبِنَا.

وَقَوْلُهُ (كَالخُرُوجِ مِنْ مَبِيتٍ) يَعْنِي لِلقِتَال، فَإِنَّهُ وَسِيلَةٌ إلى السَّبَبِ وَلا مُعْتَبَرَ بِه فِي اعْتِبَارِ حَال الغَازِي مِنْ كَوْنِه رَاجِلا أَوْ فَارِسًا، وَكَذَلِكَ فِي هَذِه الوَسِيلَة. وَقَوْلُهُ (وَتَعْلِيقُ الأَحْكَامِ) جَوَابٌ عَمَّا سَنَذْكُرُ فِي تَعْلِيلِنَا أَنَّ الوُقُوفَ عَلى حَقِيقَةِ القِتَال مُتَعَسِّرٌ. وَبَيَانُهُ أَنَّ الأَحْكَامَ تَعَلقَتْ بِوُجُود القِتَال حَقِيقَةً كَإِعْطَاءِ الرَّضْخِ لِلصَّبِيِّ إذَا قَاتَل، وَكَذَلِكَ المَرْأَةُ وَالعَبْدُ وَالذِّمِّيُّ، وَلوْ كَانَ ذَلِكَ مُتَعَسِّرًا لَمَا تَرَتَّبَ عَليْه الأَحْكَامُ. وَلئِنْ سَلمْنَا عُسْرَهُ لكِنْ يَجِبُ تَعَلُّقُ حُكْمِ كَوْنِه رَاجِلا أَوْ فَارِسًا بِحَالة هِيَ أَقْرَبُ إلى القِتَال وَهِيَ شُهُودُ الوَقْعَة لا مُجَاوَزَةُ الدَّرْبِ (وَلنَا أَنَّ الْمُجَاوَزَةَ نَفْسَهَا قِتَالٌ) لأَنَّ القِتَال اسْمٌ لفِعْلٍ يَقَعُ بِه لِلعَدُوِّ خَوْفٌ، وَمُجَاوَزَةُ الدَّرْبِ قَهْرًا، وَشَوْكَةٌ تَحْصُلُ لَهُمْ الخَوْفُ فَكَانَ قِتَالا. وَإِذَا وُجِدَ أَصْلُ القِتَال فَارِسًا لَمْ يَتَغَيَّرْ حُكْمُهُ بِتَغَيُّرِ أَحْوَالِهِمْ بَعْدَ ذَلكَ لأَنَّ ذَلكَ (حَالةُ دَوَامِ القِتَال وَلا مُعْتَبَرَ بِهَا) لأَنَّهُ لا يُمْكِنُ تَعْلِيقُ الحُكْمِ بِدَوَامِ القِتَال لأَنَّ الفَارِسَ لا يُمْكِنُهُ أَنْ يُقَاتِل فَارِسًا دَائِمًا لأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ أَنْ يَنْزِل فِي بَعْضِ الْمَضَايِقِ خُصُوصًا فِي الْمَشْجَرَةِ أَوْ فِي الحِصْنِ أَوْ فِي البَحْرِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ الوُقُوفَ عَلى حَقِيقَةِ القِتَال) وَاضِحٌ عَلى مَا ذَكَرْنَا.

(وَلا يُسهِمُ لِمَملُوكٍ وَلا امرَأَةٍ وَلا صَبِيٍّ وَلا ذِمِّيٍّ وَلكِن يَرضَخُ لهُم عَلى حَسَبِ مَا يَرَى الإِمَامُ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ كَانَ لا يُسهِمُ لِلنِّسَاءِ وَالصِّبيَانِ وَالعَبِيدِ وَكَانَ يَرضَخُ لهُم»[1] وَلَمَّا استَعَانَ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بِاليَهُودِ عَلى اليَهُودِ لم يُعطِهِم شَيئًا مِن الغَنِيمَةِ[2]: يَعنِي أَنَّهُ لم يُسهِم لهُم، وَلأَنَّ الجِهَادَ عِبَادَةٌ، وَالذِّمِّيُّ ليسَ مِن أَهل العِبَادَةِ، وَالصَّبِيُّ وَالمَرأَةُ عَاجِزَانِ عَنهُ وَلِهَذَا لم يَلحَقهُمَا فَرضُهُ، وَالعَبدُ لا يُمكِنُهُ المَولى وَلهُ مَنعُهُ، إلا أَنَّهُ يَرضَخُ لهُم تَحرِيضًا عَلى القِتَال مَعَ إظهَارِ انحِطَاطِ رُتبَتِهِم، وَالمُكَاتَبُ بِمَنزِلةِ العَبدِ لِقِيَامِ الرِّقِّ وَتَوَهُّمِ عَجزِهِ فَيَمنَعُهُ المَولى عَن الخُرُوجِ إلى القِتَال ثُمَّ العَبدُ

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٣٧- ١٤١)، وانظر نصب الراية (٦٣٦/٣).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦٤/٩)، وانظر نصب الراية (٦٣٩/٣).

إنَّمَا يَرضَخُ لهُ إذَا قَاتَل لأنَّهُ دَخَل لخِدمَةِ المُولَى فَصَارَ كَالتَّاجِرِ، وَالمَرأَةُ يَرضَخُ لهَا إذَا كَانَت تُدَاوِي الجَرحَى، وَتَقُومُ عَلَى المَرضَى لأنَّهَا عَاجِزَةٌ عَن حَقِيقَةِ القِتَال فَيُقَامُ هَذَا النَّوعُ مِن الإعَانَةِ مَقَامَ القِتَال، بِخِلافِ العَبدِ؛ لأنَّهُ قَادِرٌ عَلَى حَقِيقَةِ القِتَال، وَالذِّمِّيُّ إنَّمَا يَرضَخُ لهُ إذَا قَاتَل أَو دَل عَلَى الطَّرِيقِ، وَلم يُقَاتِل لأنَّ فِيهِ مَنفَعَةً للمُسلمِينَ، إلا أنَّهُ يُزَادُ عَلَى السَّهمِ فِي الدَّلالَةِ إذَا كَانَت فِيهِ مَنفَعَةٌ عَظِيمَةٌ، وَلا يَبلُغُ بِهِ السَّهمَ إذَا قَاتَل؛ لأنَّهُ جِهَادٌ، وَالأوَّلُ ليسَ مِن عَمَلهِ وَلا يُسَوِّي بَينَهُ وَبَينَ المُسلمِ فِي حُكمِ الجِهَادِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَتَوَهُّم عَجْزِه) يَحْتَملُ أَنْ يَعجزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ أَدَاء بَدَل الكِتَابَة فَيَعُودَ إلى الرِّقِّ، وَحِينَئِذٍ كَانَ للمَوْلَى ولايَةُ المَنعِ فَيُمْنَعُ في الحَال لوُجُود التَّوَهُّم. قَوْلُهُ لأَنَّهَا عَاجِزَةٌ عَنْ حَقِيقَة القِتَال) ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ عَلَيْه بأَنَّهَا لوْ كَانَتْ عَاجِزَةً لَمَا صَحَّ أَمَانُهَا لأَنَّهُ إنَّمَا يَصِحُّ مِمَّنْ يُخَافُ مِنْهُ القِتَالُ لقُدْرَته عَلى القِتَال. وَأُجِيبَ بأَنَّ الأَمَانَ صِحَّتُهُ لا تَتَوَقَّفُ عَلى القُدْرَة عَلى حَقِيقَة القِتَال، بَل تَثْبُتُ بشُبْهَة القِتَال لأَنَّهُ مِمَّا يَثْبُتُ بالشُّبُهَات وَهِيَ لَيْسَتْ بعَاجِزَة عَنْ شُبْهَة القِتَال بمَالِهَا وَعَبِيدهَا، وَأَمَّا السَّهْمُ مِنْ الغَنِيمَة فَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بحَقِيقَة القُدْرَة عَلى القِتَال وَهِيَ عَاجِزَةٌ عَنْهَا (وَلا يَبْلُغُ بِه السَّهْمُ إذَا قَاتَل لأَنَّهُ جِهَادٌ) فَلا يَبْلُغ بسَهْمِه سَهْمَ الْمُجَاهِدِينَ (وَالأَوَّلُ لَيْسَ مِنْ عَمَله) أَيْ الدَّلالَةُ لَيْسَتْ مِنْ عَمَل الجِهَادِ فَكَانَتْ عَمَلا كَسَائِرِ الأَعْمَال فَيَبْلُغُ أَجْرُهُ بَالغًا مَا بَلَغَ.

(وَأَمَّا الخُمُسُ فَيُقَسَّمُ عَلَى ثَلاثَةِ أَسهُمٍ: سَهمٌ لليَتَامَى وَسَهمٌ للمَسَاكِينِ وَسَهمٌ لابنِ السَّبِيل يَدخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي القُربَى فِيهِم وَيُقَدَّمُونَ، وَلا يُدفَعُ إلى أَغنِيَائِهِم) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لهُم خُمُسُ الخُمُسِ يَستَوِي فِيهِ غَنِيُّهُم وَفَقِيرُهُم، وَيُقَسَّمُ بَينَهُم للذَّكَرِ مِثلُ حَظِّ الأُنثَيَينِ، وَيَكُونُ لبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلبِ دُونَ غَيرِهِم لقَولِه تَعَالى: ﴿ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [الأنفال: ٤١] مِن غَيرِ فَصلٍ بَينَ الغَنِيِّ وَالفَقِيرِ. وَلنَا أنَّ الخُلفَاءَ الأَربَعَةَ الرَّاشِدِينَ قَسَّمُوهُ عَلَى ثَلاثَةِ أَسهُمٍ عَلَى نَحوِ مَا قُلنَاهُ وَكَفَى بِهِم قُدوَةً.

وَقَال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «يَا مَعشَرَ بَنِي هَاشِمٍ إنَّ اللهَ تَعَالى كَرِهَ لكُم غُسَالةَ النَّاسِ وَأَوسَاخَهُم وَعَوَّضَكُم مِنهَا بِخُمُسِ الخُمُسِ»[1] وَالعِوَضُ إنَّمَا يَثبُتُ فِي حَقِّ مَن

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤١٦): غريب.

يَثبُتُ فِي حقِّهِ المُعَوَّضُ وَهُم الفُقَرَاءُ. وَالنَّبِيُّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَعطَاهُم لِلنُّصرَةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَلل فَقَال: «إِنَّهُم لن يَزَالُوا مَعِي هَكَذَا فِي الجَاهِلِيَّةِ وَالإِسلامِ، وَشَبَّكَ بَينَ أَصَابِعِهِ»[1] دَل عَلى أَنَّ المُرَادَ مِن النَّصرِ قُربُ النُّصرَةِ لا قُربُ القَرَابَةِ. قَال (فَأَمَّا ذِكرُ اللهِ تَعَالى فِي الخُمُسِ فَإِنَّهُ لافتِتَاحِ الكَلامِ تَبَرُّكًا بِاسمِهِ، وَسَهمُ النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ سَقَطَ بِمَوتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّفِيُّ) لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ كَانَ يَستَحِقُّهُ بِرِسَالتِهِ وَلا رَسُول بَعدَهُ وَالصَّفِيُّ شَيءٌ كَانَ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ يَصطَفِيهِ لِنَفسِهِ مِن الغَنِيمَةِ مِثل دِرعٍ أَو سَيفٍ أَو جَارِيَةٍ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُصرَفُ سَهمُ الرَّسُول إِلى الخَلِيفَةِ، وَالحُجَّةُ عَليهِ مَا قَدَّمنَاهُ (وَسَهمُ ذَوِي القُربَى كَانُوا يَستَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنُّصرَةِ) لِمَا رَوَينَا.

قَال (وَبَعدَهُ بِالفَقرِ) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: هَذَا الذِي ذَكَرَهُ قَولُ الكَرخِيِّ. وَقَال الطَّحَاوِيُّ: سَهمُ الفَقِيرِ مِنهُم سَاقِطٌ أَيضًا لِمَا رَوَينَا مِن الإِجمَاعِ، وَلأَنَّ فِيهِ مَعنَى الصَّدَقَةِ نَظَرًا إِلى المَصرِفِ فَيُحَرِّمُهُ كَمَا حَرَّمَ العِمَالَةَ. وَجهُ الأَوَّل وَقِيل هُوَ الأَصَحُّ مَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ ﷺ أَعطَى الفُقَرَاءَ مِنهُم، وَالإِجمَاعُ انعَقَدَ عَلى سُقُوطِ حَقِّ الأَغنِيَاءِ، أَمَّا فُقَرَاؤُهُم فَيَدخُلُونَ فِي الأَصنَافِ الثَّلاثَةِ.

الشرح:

قَال (وَأَمَّا الخُمُسُ فَيُقْسَمُ عَلى ثَلاثَةِ أَسْهُمٍ سَهْمٍ لِليَتَامَى وَسَهْمٍ لِلمَسَاكِينِ وَسَهْمٍ لأَبْنَاءِ السَّبِيل يَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي القُرْبَى فِيهِمْ) أَيْ فِي الأَصْنَاف الثَّلاثَة، وَمَعْنَى هَذَا الكَلامِ أَنَّ أَيْتَامَ ذَوِي القُرْبَى يَدْخُلُونَ فِي سَهْمِ اليَتَامَى وَيُقَدَّمُونَ عَلَيْهِمْ، وَمَسَاكِينُ ذَوِي القُرْبَى يَدْخُلُونَ فِي سَهْمِ المَسَاكِين، وَأَبْنَاءُ السَّبِيل مِنْهُمْ يَدْخُلُونَ فِي أَبْنَاءِ السَّبِيل وَسَبَبُ الاسْتِحْقَاق فِي هَذِه الأَصْنَاف الثَّلاثَة الاحْتِيَاجُ، غَيْرَ أَنَّ سَبَبَهُ مُخْتَلِفٌ فِي نَفْسِه مِنْ اليُتْم وَالمَسْكَنَة وَكَوْنُهُ ابْنَ السَّبِيل، ثُمَّ إِنَّهُمْ مَصَارِفُ لا مُسْتَحِقُّونَ حَتَّى أَنَّهُ لَوْ صَرَفَ إِلى صِنْف وَاحِد مِنْهُمْ جَازَ عِنْدَنَا كَمَا فِي الصَّدَقَات (وَلا يَدْفَعُ إِلى أَغْنِيَائِهِمْ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لَهُمْ خُمُسُ الخُمُسِ يَسْتَوِي فِيه غَنِيُّهُمْ وَفَقِيرُهُمْ، وَيُقْسَمُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ وَيَكُونُ لِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلبِ دُونَ غَيْرِهِمْ) مِنْ بَنِي

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٨٠)، والنسائي في الفيء باب ١، وابن ماجه (٢٨٨١).

عَبْدَ شَمْسٍ وَبَنِي نَوْفَلٍ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ الغَنِيِّ وَالفَقِيرِ) فَيَشْتَرِكَانِ (وَلَنَا أَنَّ الخُلَفَاءَ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ قَسَمُوا الخُمُسَ عَلَى ثَلاثَةٍ عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا وَكَفَى بِهِمْ قُدْوَةً) وَلَمْ يُخَالِفْهُمْ أَحَدٌ فَكَانَ إِجْمَاعًا. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ) دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُصْرَفْ إِلَى أَغْنِيَائِهِمْ شَيْءٌ لأَنَّهُ قَالَ: «**يَا بَنِي هَاشِمٍ إِنَّ اللهَ كَرِهَ لَكُمْ غُسَالَةَ أَيْدِي النَّاسِ وَأَوْسَاخَهُمْ وَعَوَّضَكُمْ مِنْهَا بِخُمُسِ الخُمُسِ**» وَالعِوَضُ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ المُعَوَّضُ وَهُمُ الفُقَرَاءُ) يَعْنِي أَنَّ **المُعَوَّضَ وَهُوَ الزَّكَاةُ لا يَجُوزُ دَفْعُهَا إِلَى الأَغْنِيَاءِ**، فَكَذَلِكَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ عِوَضَ الزَّكَاةِ وَهُوَ خُمُسُ الغَنَائِمِ لا يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ لأَنَّ العِوَضَ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ فَاتَ عَنْهُ المُعَوَّضُ وَإِلا لا يَكُونُ عِوَضًا لِذَلِكَ المُعَوَّضِ.

فَإِنْ قِيلَ: هَذَا الحَدِيثُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ ثَابِتًا صَحِيحًا أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ وَجَبَ أَنْ يَقْسِمَ الخُمُسَ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ وَأَنْتُمْ تَقْسِمُونَهُ عَلَى ثَلاثَةِ أَسْهُمٍ وَهُوَ مُخَالَفَةٌ مِنْكُمْ لِلحَدِيثِ الثَّابِتِ الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ لا يَصِحُّ الاسْتِدْلالُ بِهِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ لِهَذَا الحَدِيثِ دَلالَتَيْنِ: إِحْدَاهُمَا إِثْبَاتُ العِوَضِ فِي المَحَلِ الذِي فَاتَ عَنْهُ المُعَوَّضُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا. وَالثَّانِيَةُ جَعْلُهُ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ، وَلَكِنْ قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى انْتِفَاءِ الخُمُسِ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ وَهُوَ فِعْلُ الخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلَمْ يَقُمِ الدَّلِيلُ عَلَى تَغْيِيرِ العِوَضِ مِمَّنْ فَاتَ عَنْهُ المُعَوَّضُ فَقُلْنَا بِهِ، كَمَا تَمَسَّكَ الخَصْمُ عَلَى **تَكْرَارِ الصَّلاةِ عَلَى الجَنَازَةِ** بِمَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ صَلَّى عَلَى حَمْزَةَ سَبْعِينَ صَلاةً» وَهُوَ لا يَقُولُ بِالصَّلاةِ عَلَى الشَّهِيدِ، وَلَكِنْ يَقُولُ لِلحَدِيثِ دَلالَتَانِ، فَإِحْدَاهُمَا بَاقِيَةٌ وَإِنِ انْتَفَتِ الأُخْرَى. فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ مَا ذَكَرْتُمْ صَحِيحًا بِجَمِيعِ مُقَدِّمَاتِهِ لَمَا أَعْطَاهُمُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّهُ ﷺ أَعْطَى بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلِبِ. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (وَالنَّبِيُّ ﷺ أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَلَل فَقَالَ: «**إِنَّهُمْ لَنْ يَزَالُوا مَعِي هَكَذَا فِي الجَاهِلِيَّةِ وَالإِسْلامِ**، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ») وَقِصَّتُهُ مَا رُوِيَ عَنْ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ أَنَّهُ قَالَ: «لَمَّا كَانَ يَوْمُ خَيْبَرَ وَضَعَ رَسُولُ اللهِ ﷺ سَهْمَ ذَوِي القُرْبَى بَيْنَ بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلِبِ وَتَرَكَ بَنِي نَوْفَلٍ وَبَنِي عَبْدِ شَمْسٍ، فَانْطَلَقْتُ أَنَا وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ حَتَّى أَتَيْنَا رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقُلْنَا: يَا رَسُولَ اللهِ هَؤُلاءِ بَنُو هَاشِمٍ لا نُنْكِرُ فَضْلَهُمْ لِلمَوْضِعِ الذِي وَضَعَكَ اللهُ بِهِ

فِيهِمْ، فَمَا بَالُ إِخْوَانِنَا بَنِي الْمُطَّلِبِ أَعْطَيْتهمْ وَتَرَكْتَنَا وَقَرَابَتُنَا وَاحِدَةٌ؟ فَقَال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **أَنَا وَبَنُو الْمُطَّلِبِ لا نَفْتَرِقُ فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلا إِسْلامٍ وَإِنَّمَا نَحْنُ وَهُمْ شَيْءٌ وَاحِدٌ**، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابعه وَأَشَارَ إلى نُصْرَتِهِمْ» وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ (دَل عَلى أَنَّ الْمُرَادَ بِالنَّصِّ) أَعْنِي قَوْلَهُ وَلِذِي الْقُرْبَى (قُرْبُ النُّصْرَةِ لا قُرْبُ الْقَرَابَةِ) وَالْمُرَادُ بِالنُّصْرَةِ نُصْرَةُ الاجْتِمَاعِ فِي الشِّعْبِ لا نُصْرَةُ الْقِتَالِ، يُشِيرُ إِلَيْهِ قَوْلُهُ: «**لا نَفْتَرِقُ فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلا إِسْلامٍ**» وَلِهَذَا يَصْرِفُ لِلنِّسَاءِ وَالذَّرَارِيِّ. وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ لا لِلْقَرَابَةِ وَقَدْ انْتَهَتْ النُّصُرَاتُ انْتَهَى الإِعْطَاءُ لأَنَّ الْحُكْمَ يَنْتَهِي بِانْتِهَاءِ علته.

قَالَ (فَأَمَّا ذِكْرُ اللهِ تَعَالَى فِي الْخُمُسِ) لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ وَجْهِ سُقُوطِ سَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى بَيَّنَ وَجْهَ سُقُوطِ مَا سِوَى الثَّلاثَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي النَّصِّ فَقَال: فَأَمَّا ذِكْرُ اللهِ تَعَالَى فِي الْخُمُسِ يَعْنِي قَوْله تَعَالَى: ﴿ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [الأنفال: ٤١] (فَإِنَّهُ لافْتِتَاحِ الْكَلامِ تَبَرُّكًا بِذِكْرِهِ، وَسَهْمُ النَّبِيِّ ﷺ سَقَطَ بِمَوْتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّفِيُّ) بِالإِجْمَاعِ (لأَنَّهُ ﷺ كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ) لأَنَّ الْحُكْمَ مَتَى تَرَتَّبَ عَلى الْمُشْتَقِّ فَيَكُونُ الْمُشْتَقُّ مِنْهُ علةً (وَلا رَسُول بَعْدَهُ. وَالصَّفِيُّ شَيْءٌ كَانَ يَصْطَفِيهِ لِنَفْسِهِ ﷺ مِثْل دِرْعٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ جَارِيَةٍ) اصْطَفَى ذَا الْفَقَارِ مِنْ غَنَائِمِ بَدْرٍ، وَاصْطَفَى صَفِيَّةَ مِنْ غَنَائِمِ خَيْبَرَ (وَقَال الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: يُصْرَفُ سَهْمُ رَسُول اللهِ ﷺ إلى الْخَلِيفَةِ، وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا قَدَّمْنَاهُ) أَنَّهُ كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ (وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنُّصْرَةِ لِمَا رَوَيْنَا) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ. لا يُقَالُ: قَوْلُهُ وَسَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى وَقَعَ مُكَرَّرًا حُكْمًا وَتَعْلِيلا.

لأَنَّا نَقُولُ: مَا ذَكَرَهُ أَوَّلا كَانَ فِي حَيِّزِ الاسْتِدْلال عَلى الْقِسْمَةِ عَلى ثَلاثَةِ أَسْهُمٍ، وَهَذَا نَقْلٌ لِكَلامِ صَاحِبِ الْقُدُورِيِّ. قَال: أَيْ الْقُدُورِيُّ (وَبَعْدَهُ) أَيْ بَعْدَ زَمَنِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (بِالْفَقْرِ) قَال الْمُصَنِّفُ (وَهَذَا) أَيْ اسْتِحْقَاقُهُمْ بِالْفَقْرِ (قَوْلُ الْكَرْخِيِّ: وَقَال الطَّحَاوِيُّ سَهْمُ الْفَقِيرِ مِنْهُمْ سَاقِطٌ أَيْضًا لِمَا رَوَيْنَا مِنْ الإِجْمَاعِ) يَعْنِي قَوْلَهُ: وَلَنَا أَنَّ الْخُلَفَاءَ الأَرْبَعَةَ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ قَسَمُوهُ عَلى ثَلاثَةٍ، وَلا يُظَنُّ بِهِمْ أَنَّهُ خَفِيَ عَلَيْهِمْ النَّصُّ أَوْ مَنَعُوا حَقَّ ذَوِي الْقُرْبَى فَكَانَ إِجْمَاعُهُمْ دَالًّا عَلى أَنَّهُ لَمْ يَبْقَ اسْتِحْقَاقٌ لأَغْنِيَائِهِمْ وَفُقَرَائِهِمْ. وَمَنَعَ الشَّافِعِيُّ ﷺ الإِجْمَاعَ، وَسَنَدُهُ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ

بْنِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ قَالَ: كَانَ رَأْيُ عَلِيٍّ فِي الخُمُسِ رَأْيَ أَهْلِ بَيْتِه، وَلَكِنْ كَرِهَ أَنْ يُخَالِفَ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا وَالإِجْمَاعُ بِدُونِ أَهْلِ البَيْتِ لا يَنْعَقِدُ.

وَقُلنَا: لا يَحِلُّ لِلمُجْتَهِدِ أَنْ يَتْرُكَ رَأْيَ نَفْسِه بِرَأْيِ مُجْتَهِدٍ آخَرَ احْتِشَامًا لَهُ، فَإِنْ ثَبَتَ مَا رُوِيَ دَلَّ أَنَّهُ كَرِهَ المُخَالَفَةَ لأَنَّهُ رَأَى الحُجَّةَ مَعَهُمَا فَقَدْ خَالَفَهُمَا فِي كَثِيرٍ مِنَ المَسَائِلِ حِينَ ظَهَرَ الدَّلِيلُ عِنْدَهُ (قَوْلُهُ وَلأَنَّ فِيه) أَيْ فِي سَهْمِ ذَوِي القُرْبَى (مَعْنَى الصَّدَقَةِ) لأَنَّ الهَاشِمِيَّ الذي يُصْرَفُ إِلَيْه فَقِيرٌ، إِذَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فَقِيرًا لا يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَيْه بَعْدَ النَّبِيِّ ﷺ بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ عَنْ أَصْحَابِنَا، فَلَمَّا كَانَ فِيه مَعْنَى الصَّدَقَةِ حُرِمَ ذَوُو القُرْبَى إِيَّاهُ كَمَا حُرِمَ الهَاشِمِيُّ العَامِلُ عَلَى الصَّدَقَةِ العِمَالَةَ وَهُوَ مَا يُعْطَى عَلَى عَمَلِه، وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ الزَّكَاةِ، وَهَذَا الدَّلِيلُ إِنْ كَانَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى أَصْحَابِنَا فَهُوَ تَامٌّ، وَإِنْ كَانَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الشَّافِعِيِّ ﷺ فَلَيْسَ بِذَاكَ، لأَنَّ كَوْنَ المَصْرِفِ فَقِيرًا لَيْسَ إِلا فِي حَيِّزِ النِّزَاعِ عِنْدَهُ فَإِنَّهُ يُسَوِّي بَيْنَ الغَنِيِّ وَالفَقِيرِ (وَجْهُ الأَوَّلِ) يَعْنِي قَوْلَ الكَرْخِيِّ، وَقِيلَ هُوَ الأَصَحُّ مَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ ﷺ أَعْطَى الفُقَرَاءَ مِنْهُمْ، وَالإِجْمَاعُ انْعَقَدَ عَلَى سُقُوطِ حَقِّ الأَغْنِيَاءِ) يَعْنِي إِجْمَاعَ الخُلَفَاءِ الأَرْبَعَةِ الرَّاشِدِينَ كَمَا مَرَّ (أَمَّا فُقَرَاؤُهُمْ فَيَدْخُلُونَ فِي الأَصْنَافِ الثَّلاثَةِ) كَمَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ البَحْثِ، وَكَرَّرَ هَذِه الزِّيَادَةَ لِلإِيضَاحِ، وَإِنَّمَا قَالَ: وَقِيلَ هُوَ الأَصَحُّ لأَنَّ صَاحِبَ المَبْسُوطِ اخْتَارَ قَوْلَ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ أَنَّ الفُقَرَاءَ لَمْ يَكُونُوا مُسْتَحِقِّينَ، وَإِنَّمَا كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَصْرِفُ إِلَيْهِمْ مُجَازَاةً عَلَى النُّصْرَةِ التي كَانَتْ مِنْهُمْ، وَلَمْ يَبْقَ ذَلِكَ بَعْدَ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَهُوَ مُخْتَارُ القُدُورِيِّ كَمَا أَشَارَ إِلَيْه قَوْلُهُ: وَسَهْمُ ذَوِي القُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنُّصْرَةِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الوَاحِدُ أَوِ الاثْنَانِ دَارَ الحَرْبِ مُغِيرَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا لَم يُخَمَّس) لأَنَّ الغَنِيمَةَ هُوَ المَأْخُوذُ قَهرًا وَغَلَبَةً لا اخْتِلاسًا وَسَرِقَةً، وَالخُمُسُ وَظِيفَتُهَا، وَلَو دَخَلَ الوَاحِدُ أَوِ الاثْنَانِ بِإِذْنِ الإِمَامِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يُخَمَّسُ لأَنَّهُ لَمَّا أَذِنَ لَهُم الإِمَامُ فَقَد التَزَمَ نُصرَتَهُم بِالإِمدَادِ فَصَارَ كَالمَنَعَةِ (فَإِن دَخَلَت جَمَاعَةٌ لَهَا مَنَعَةٌ فَأَخَذُوا شَيْئًا خُمِّسَ وَإِن لَم يَأْذَن لَهُم الإِمَامُ) لأَنَّهُ مَأخُوذٌ قَهرًا وَغَلَبَةً فَكَانَ غَنِيمَةً، وَلأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الإِمَامِ أَن يَنصُرَهُم إِذ لَو خَذَلَهُم كَانَ فِيهِ وَهنُ المُسلِمِينَ، بِخِلافِ الوَاحِدِ وَالاثنَينِ؛ لأَنَّهُ لا يَجِبُ عَلَيهِ نُصرَتُهُم.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَلَ الوَاحِدُ أَوْ الاثْنَانِ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يُخَمَّسُ) ظَاهِرٌ. وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الأُخْرَى أَنَّ العَدَدَ اليَسِيرَ إِنَّمَا يَدْخُلُونَ لاكْتِسَابِ المَالِ لا لإِعْزَازِ الدِّينِ، فَصَارَ كَتَاجِرٍ لا يَقْدِرُ عَلى القَهْرِ وَالغَلَبَةِ. فَإِنْ قُلت: قَوْله تَعالى: ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ ﴾ [الأنفال: ٤١] مُطْلَقٌ فَيَجِبُ الخُمُسُ وُجِدَ الإِذْنُ أَوْ لَمْ يُوجَدْ. أُجِيبَ بِأَنَّ الغَنِيمَةَ اسْمٌ لِمَا هُوَ المَأْخُوذُ قَهْرًا وَغَلَبَةً وَمَا أَخَذَهُ اللصُّ سَرِقَةً وَمَا أَخَذَهُ الوَاحِدُ وَالاثْنَانِ خلسَةً فَلا يَدْخُلُ تَحْتَ الغَنِيمَة.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ دَخَلَ جَمَاعَةٌ لَهَا مَنَعَةٌ) المَنَعَةُ السَّرِيَّةُ. نَقَلَ النَّاطِفِيُّ عَنْ كِتَابِ الخَرَاجِ لابْنِ شُجَاعٍ: كَانَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ يَقُولُ: إِذَا دَخَلَ الرَّجُلُ وَحْدَهُ فَغَنِمَ وَلا عَسْكَرَ فِي أَرْضِ الحَرْبِ لِلمُسْلِمِينَ لا يُخَمَّسُ مَا أَخَذَهُ حَتَّى يَصِيرُوا تِسْعَةً، فَإِذَا بَلَغُوا ذَلِكَ فَهُمْ سَرِيَّةٌ (قَوْلُهُ إِذَا لَوْ خَذَلَهُمْ) أَيْ تَرَكَ عَوْنَهُمْ (كَانَ فِيهِ وَهَنُ المُسْلِمِينَ) أَيْ ضَعْفُهُمْ.

فَصلٌ فِي التَّنفِيل

قَال (وَلا بَاسَ بِأَن يُنَفِّلَ الإمَامُ فِي حَالِ القِتَال وَيُحَرِّضَ بِهِ عَلى القِتَال فَيَقُول "مَن قتَل قَتِيلا فَلهُ سَلبُهُ "[1] وَيَقُول للسَّرِيَّةِ قَد جَعَلت لكُم الرُّبُعَ بَعدَ الخُمُسِ) مَعنَاهُ بَعدَمَا رَفَعَ الخُمُسَ لأنَّ التَّحرِيضَ مَندُوبٌ إليهِ، قَال اللهُ تَعَالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ ﴾ **[الأنفال: ٦٥] وَهَذَا نَوعُ تَحرِيضٍ، ثُمَّ قَد يَكُونُ التَّنفِيلُ بِمَا ذَكَرَ وَقَد يَكُونُ بِغَيرِهِ، إلا أَنَّهُ لا يَنبَغِي للإمَامِ أَن يُنَفِّل بِكُل المَأخُوذِ لأنَّ فِيهِ إبطَال حَقِّ الكُل، فَإِن فَعَلهُ مَعَ السَّرِيَّةِ جَازَ؛ لأنَّ التَّصَرُّفَ إليهِ وَقَد يَكُونُ المَصلحَةُ فِيهِ (وَلا يُنَفِّلُ بَعدَ إحرَازِ الغَنِيمَةِ بِدَارِ الإسلامِ) لأنَّ حَقَّ الغَيرِ قَد تَأَكَّدَ فِيهِ بِالإحرَازِ. قَال (إلا مِن الخُمُسِ) لأنَّهُ لا حَقَّ للغَانِمِينَ فِي الخُمُسِ (وَإِذَا لم يَجعَل السَّلبَ للقَاتِل فَهُوَ مِن جُملةِ الغَنِيمَةِ، وَالقَاتِلُ وَغَيرُهُ فِي ذَلكَ سَوَاءٌ).**

وَقَال الشَّافِعِيُّ: السَّلبُ للقَاتِل إذَا كَانَ مِن أَهل أَن يُسهِمَ لهُ وَقَد قَتَلهُ مُقبِلا لقَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن قتَل قَتِيلا فَلهُ سَلبُهُ» وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ نَصبُ شَرعٍ لأنَّهُ بَعثَهُ

---

(١) أخرجه البخاري في الخمس باب ١٨، ومسلم في الجهاد (٤٢)، وانظر نصب الراية (٦٤٦/٣).

لهُ، وَلأنَّ القَاتِل مُقبِلا أكثرَ غِنَاءً فَيختَصُّ بِسَلَبِهِ إظهَارًا للتَّفَاوُتِ بَينَهُ وَبَينَ غَيرِهِ. وَلنَا أَنَّهُ مَأخُوذٌ بِقُوَّةِ الجَيشِ فَيكُونُ غَنِيمَةً فَيُقسَّمُ الغَنَائِمَ كَمَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ. وَقَال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لحَبِيبِ بنِ أَبِي سَلمَةَ: «ليسَ لكَ مِن سَلَبِ قَتِيلكَ إلا مَا طَابَت بِهِ نَفسُ إمَامِكَ»[١] مَا رَوَاهُ يَحتَمِلُ نَصبَ الشَّرعِ وَيَحتَمِلُ التَّنفِيل فَنَحمِلُهُ عَلَى الثَّانِي لمَا رَوَينَاهُ. وَزِيَادَةُ الغِنَاءِ لا تُعتَبَرُ فِي جِنسٍ وَاحِدٍ كَمَا ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي التَّنفِيل): التَّنْفِيلُ نَوْعٌ مِنْ التَّصَرُّف فِي الغَنَائِمِ، فَفُصِل عَمَّا قَبْلَهُ بِفَصْلٍ، يُقَالُ نَفَل الإِمَامُ الغَازِيَ. أَيْ أَعْطَاهُ زَائِدًا عَلَى سَهْمِه بِقَوْلِه: « مَنْ قَتَل قَتِيلا فَلَهُ سَلَبُهُ» (قَوْلُهُ لا بَأْسَ بِأَنْ يَنْفُل الإِمَامُ) يَدُلُّ عَلَى أَنَّ قَوْل مَنْ قَال: كَلِمَةُ لا بَأْسَ تُسْتَعْمَلُ فِيمَا يَكُونُ تَرْكُهُ أَوْلَى لَيْسَ بِمُجْرًى عَلَى عُمُومِه، فَإِنَّ التَّنْفِيل قَبْل إِحْرَازِ الغَنِيمَة مُسْتَحَبٌّ لأَنَّهُ تَحْرِيضٌ وَالتَّحْرِيضُ مَنْدُوبٌ إِلَيْه بِقَوْلِه تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ ﴾ [الأنفال: ٦٥] فَإِنْ قِيل: الأَمْرُ المُطْلَقُ للوُجُوب فَمَا الصَّارِفُ عَنْهُ إِلى الاسْتِحْبَاب؟ فَالجَوَابُ أَنَّهُ يُعَارِضُهُ دَلِيلُ قِسْمَة الغَنَائِم فَانْصَرَفَ إِلى الاسْتِحْبَابِ (قَوْلُهُ مَنْ قَتَل قَتِيلا) تَسْمِيَةُ الشَّيْءِ بِاسْمِ مَا يَئُولُ إِلَيْه قَوْلُهُ ثُمَّ قَدْ يَكُونُ التَّنْفِيلُ بِمَا ذُكِرَ) يَعْنِي التَّنْفِيل بِالسَّلَب (وَقَدْ يَكُونُ بِغَيْرِه) نَحْوَ الذَّهَب وَالفِضَّة «لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَفَل ابْنَ مَسْعُود يَوْمَ بَدْرٍ بِسَيْفِ أَبِي جَهْلٍ وَكَانَ عَلَيْه فِضَّةٌ» (وَلا يَنْبَغِي للإِمَامِ أَنْ يَنْفُل بِكُل المَأْخُوذ لأَنَّ فِيه إِبْطَال حَقِّ الكُل، وَإِنْ فَعَلهُ مَعَ السَّرِيَّة جَازَ) لمَا ذُكِرَ فِي السِّيَر الكَبِير: إِذَا **قَال الإِمَامُ للعَسْكَرِ جَمِيعًا مَا أَصَبْتُمْ فَهُوَ لكُمْ نَفْلا بِالسَّوِيَّة بَعْدَ الخُمُسِ** لا يَجُوزُ، لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ التَّنْفِيل التَّحْرِيضُ عَلَى القِتَال، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ ذَلكَ إِذَا خَصَّ البَعْضَ بِالتَّنْفِيل، وَكَذَلكَ إِذَا قَال مَا أَصَبْتُمْ فَهُوَ لكُمْ، وَلَمْ يَقُل بَعْدَ الخُمُسِ لأَنَّ فِيه إِبْطَال الخُمُسِ الذي أَوْجَبَهُ اللهُ تَعَالى فِي الغَنِيمَة وَإِبْطَال حَقِّ ضُعَفَاء المُسْلمِينَ وَذَلكَ لا يَجُوزُ: وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لا حَقَّ للغَانمِينَ فِي الخُمُس) فِيه نَظَرٌ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الغَانمِينَ فَفِيه إِبْطَالُ حَقِّ الأَصْنَاف وَذَلكَ لا يَجُوزُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٦٤٩): وقع في الهداية حبيب بن أبي سلمة، وصوابه حبيب بن مسلمة، ورواه الطبراني في الكبير.

جَوَازَهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْمُنْفَلَ لهُ جُعِل وَاحِدًا مِنْ الأَصْنَافِ الثَّلاثَةِ فَلَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ إِبْطَالُ حَقِّهِمْ إِذْ يَجُوزُ صَرْفُ الخُمُسِ عَلَى أَحَدِ الأَصْنَافِ لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُمْ مَصَارِفُ لا مُسْتَحِقُّونَ، لكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْمُنْفَلُ لهُ الذي جُعِل وَاحِدًا مِنْ الأَصْنَافِ الثَّلاثَةِ فَقِيرًا لأَنَّ الخُمُسَ حَقُّ الْمُحْتَاجِينَ لا حَقُّ الأَغْنِيَاءِ فَجَعْلُهُ للغَنِيِّ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُحْتَاجِينَ.

وَقَوْلُهُ (وَقَال الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَمَا رَوَاهُ يَحْتَمِلُ نَصْبَ الشَّرْعِ وَيَحْتَمِلُ التَّنْفِيل) قِيل وَهُوَ الظَّاهِرُ لأَنَّ مِثْل ذَلكَ إِنَّمَا يَكُونُ نَصْبَ الشَّرْعِ إِذَا قَال بِالمَدِينَةِ فِي مَسْجِدِه وَلَمْ يُنْقَل عَنْهُ ذَلكَ إِلا يَوْمَ بَدْرٍ وَحُنَيْنٍ للحَاجَةِ إِلى التَّحْرِيضِ، وَكَمَا قَال ذَلكَ يَوْمَ بَدْرٍ فَقَدْ قَال: «مَنْ أَخَذَ أَسِيرًا فَهُوَ لهُ» ثُمَّ كَانَ ذَلكَ مِنْهُ عَلى وَجْهِ التَّنْفِيل فَكَذَلكَ فِي السَّلبِ (فَيُحْمَلُ عَلى الثَّانِي) يَعْنِي عَلى التَّنْفِيل (لِمَا رَوَيْنَا) مِنْ حَدِيثِ حَبِيبِ بْنِ أَبِي سَلمَةَ دَفْعًا للتَّعَارُضِ. وَقَوْلُهُ (وَزِيَادَةُ الغَنَاءِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْله لأَنَّ القَاتِل مُقْبِلا أَكْثَرُ غَنَاءً (قَوْلُهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلى مَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْله وَلأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ، أَوْ مِنْ قَوْله لأَنَّ الكَرَّ وَالفَرَّ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فِي فَصْل كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ .

(وَالسَّلبُ مَا عَلى المَقْتُول مِن ثِيَابِهِ وَسِلاحِهِ وَمَرْكَبِهِ، وَكَذَا مَا كَانَ عَلى مَرْكَبِهِ مِن السَّرجِ وَالآلةِ، وَكَذَا مَا مَعَهُ عَلى الدَّابَّةِ مِن مَالهِ فِي حَقِيبَتِهِ أَو عَلى وَسَطِهِ وَمَا عَدَا ذَلكَ فَليسَ بِسَلبٍ) وَمَا كَانَ مَعَ غُلامِهِ عَلى دَابَّةٍ أُخرَى فَليسَ بِسَلبِهِ، ثُمَّ حُكمُ التَّنفِيل قَطعُ حَقِّ البَاقِينَ، فَأَمَّا المِلكُ فَإِنَّمَا يَثبُتُ بَعدَ الإِحرَازِ بِدَارِ الإِسلامِ لِمَا مَرَّ مِن قَبلُ، حَتَّى لو قَال الإِمَامُ مَن أَصَابَ جَارِيَةً فَهِيَ لهُ فَأَصَابَهَا مُسلمٌ وَاستَبرَأَهَا لم يَحِل لهُ وَطؤُهَا، وَكَذَا لا يَبِيعُهَا. وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: لهُ أَن يَطَأَهَا وَيَبِيعَهَا، لأَنَّ التَّنفِيل يَثبُتُ بِهِ المِلكُ عِندَهُ كَمَا يَثبُتُ بِالقِسمَةِ فِي دَارِ الحَربِ وَبِالشِّرَاءِ مِن الحَربِيِّ، وَوُجُوبُ الضَّمَانِ بِالإِتلافِ قَد قِيل عَلى هَذَا الاختِلافِ، وَاللهُ أَعلمُ.

الشرح:

قَوْلُهُ لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ) إِشَارَةٌ إِلى مَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ الغَنَائِمِ وَقِسْمَتِهَا بِقَوْله وَلأَنَّ الاسْتِيلاءَ إِثْبَاتُ اليَدِ الحَافِظَةِ وَالنَّاقِلةِ فَلمَّا لمْ يَثْبُتْ الإِحْرَازُ بِدَارِ الإِسْلامِ لمْ تَثْبُتْ النَّاقِلةُ فَلا يَثْبُتُ الاسْتِيلاءُ، وَلمَّا لمْ يَثْبُتْ الاسْتِيلاءُ لمْ يَثْبُتْ المِلكُ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ التَّنْفِيل يَثْبُتُ بِهِ المِلكُ عِنْدَهُ) دَليلُهُ أَنَّ المَدَدَ لا يُشَارِكُونَهُ فِيهَا (كَمَا يَثْبُتُ بِالقِسْمَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ) وَهُوَ

لِيْسَ بِمُتَّفَقٍ عَلَيْهِ لأَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ يَقُولُ قِسْمَةُ الإِمَامِ لا تَعْدَمُ الْمَانِعَ مِنْ تَمَامِ الْقَهْرِ وَهُوَ كَوْنُهُمْ مَقْهُورِينَ دَارًا وَكَأَنَّهُ لَمْ يَعْتَبِرْ ذَلِكَ الاخْتِلافَ لِعَدَمِ شُهْرَتِهِ. وَقَوْلُهُ (وَوُجُوبُ الضَّمَانِ) مُرَاعٍ عَلَى الابْتِدَاءِ. وَقَوْلُهُ (قَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الاخْتِلافِ) خَبَرُهُ. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَقَدْ قِيلَ بِالوَاوِ فَيَكُونُ مَعْطُوفًا عَلَى قَوْلِهِ الْمِلْكُ: أَيْ يَثْبُتُ الْمِلْكُ وَوُجُوبُ الضَّمَانِ لِلْمُنْفَلِ لَهُ عَلَى مَنْ **أَتْلَفَ مِنْ الْغُزَاةِ سَلَبَهُ الَّذِي أَصَابَهُ**، وَالأَوَّلُ أَوْلَى، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ دَفْعًا لِشُبْهَةٍ تَرِدُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ الْمُتْلِفَ لِسَلَبِ مَنْ نَفَلَهُ الإِمَامُ يَضْمَنُ لأَنَّ الْحَقَّ مُتَأَكِّدٌ وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ الْخِلافَ، فَوَرَدَ الضَّمَانُ شُبْهَةً عَلَيْهِمَا لأَنَّ الضَّمَانَ دَلِيلُ تَمَامِ الْمِلْكِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ الْوَطْءُ عَلَى مَذْهَبِهِمَا أَيْضًا بَعْدَ الاسْتِبْرَاءِ، فَقَالَ فِي دَفْعِ ذَلِكَ إِنَّهُ أَيْضًا عَلَى الاخْتِلافِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُ. وَعِنْدَهُمَا لا يَضْمَنُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ اسْتِيلاءِ الْكُفَّارِ

(وَإِذَا غَلَبَ التُّرْكُ عَلَى الرُّومِ فَسَبَوْهُم وَأَخَذُوا أَموَالَهُم مَلَكُوهَا)؛ لأَنَّ الاستِيلاءَ قَد تَحَقَّقَ فِي مَالٍ مُبَاحٍ وَهُوَ السَّبَبُ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالَى (فَإِن غَلَبنَا عَلَى التُّركِ حَلَ لَنَا مَا نَجِدُهُ مِن ذَلِكَ) اعتِبَارًا بِسَائِرِ أَملاكِهِم.

الشرح:

(بَابُ اسْتِيلاءِ الْكُفَّارِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ اسْتِيلائِنَا عَلَى الْكُفَّارِ أَعْقَبَهُ بِذِكْرِ عَكْسِهِ لاشْتِمَالِهِ عَلَى أَحْكَامٍ مُخْتَلِفَةٍ فَكَانَ خَلِيقًا بِتَبْوِيبِ بَابٍ لَهُ، وَافْتَتَحَ بِذِكْرِ **اسْتِيلاءِ الْكُفَّارِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ** كَرَاهَةَ أَنْ يَفْتَتِحَ بِذِكْرِ غَلَبَةِ الْكُفَّارِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَالتُّرْكُ جَمْعُ التُّرْكِيِّ، وَالرُّومُ جَمْعُ الرُّومِيِّ: أَيْ الرِّجَالُ الْمَنْسُوبُونَ إِلَى بِلادِهِمْ، وَالْمُرَادُ بِهِ كُفَّارُ التُّرْكِ وَنَصَارَى الرُّومِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (حَلَّ لَنَا مَا نَجِدُهُ مِنْ ذَلِكَ) أَيْ مِمَّا أَخَذَهُ التُّرْكُ مِنْ أَهْلِ الرُّومِ لأَنَّ الْمَأْخُوذَ صَارَ مِلْكًا لِلتُّرْكِ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ.

(وَإِذَا غَلَبُوا عَلَى أَموَالِنَا وَالعِيَاذُ بِاللهِ وَأَحرَزُوهَا بِدَارِهِم مَلَكُوهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَملِكُونَهَا؛ لأَنَّ الاستِيلاءَ مَحظُورٌ ابتِدَاءً وَانتِهَاءً وَالمَحظُورُ لا يَنتَهِضُ سَبَبًا لِلمِلكِ عَلَى مَا عُرِفَ مِن قَاعِدَةِ الخَصمِ. وَلَنَا أَنَّ الاستِيلاءَ وَرَدَ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ فَيَنعَقِدُ سَبَبًا لِلمِلكِ دَفعًا لِحَاجَةِ المُكَلَّفِ كَاستِيلائِنَا عَلَى أَموَالِهِم، وَهَذَا لأَنَّ العِصمَةَ تَثبُتُ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ

ضَرُورَةَ تَمَكُّنِ المَالكِ مِن الانتِفَاعِ، فَإِذَا زَالت المُكنَةُ عَادَ مُبَاحًا كَمَا كَانَ، غَيرَ أَنَّ الاستِيلاءَ لا يَتَحَقَّقُ إلا بِالإِحرَازِ بِالدَّارِ؛ لأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَن الاقتِدَارِ عَلى المَحَل حَالا وَمَآلا، وَالمَحظُورُ لغَيرِهِ إذَا صَلُحَ سَبَبًا لكَرَامَةٍ تَفُوقُ المِلكَ وَهُوَ الثَّوَابُ الآجِلُ فَمَا ظَنُّك بِالمِلكِ العَاجِلِ؟.

(فَإِن ظَهَرَ عَليهَا المُسلمُونَ فَوَجَدَهَا المَالكُونَ قَبل القِسمَةِ فَهِيَ لهُم بِغَيرِ شَيءٍ، وَإِن وَجَدُوهَا بَعدَ القِسمَةِ أَخَذُوهَا بِالقِيمَةِ إن أَحَبُّوا) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِيهِ: «إن وَجَدته قَبل القِسمَةِ فَهُوَ لك بِغَيرِ شَيءٍ، وَإِن وَجَدته بَعدَ القِسمَةِ فَهُوَ لك بِالقِيمَةِ»(١) وَلأَنَّ المَالكَ القَدِيمَ زَال مِلكُهُ بِغَيرِ رِضَاهُ فَكَانَ لهُ حَقُّ الأَخذِ نَظَرًا لهُ، إلا أَنَّ فِي الأَخذِ بَعدَ القِسمَةِ ضَرَرًا بِالمَأخُوذِ مِنهُ بِإِزَالةِ مِلكِهِ الخَاصِّ فَيَأخُذُهُ بِالقِيمَةِ؛ ليَعتَدِل النَّظَرُ مِن الجَانِبَينِ، وَالشَّرِكَةُ قَبل القِسمَةِ عَامَّةٌ فَيَقِلُّ الضَّرَرُ فَيَأخُذُهُ بِغَيرِ قِيمَةٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الاسْتِيلاءَ مَحْظُورٌ ابْتِدَاءً) أَيْ فِي دَارِ الإِسْلامِ (وَانْتِهَاءً) أَيْ فِي دَارِ الحَرْبِ بَعْدَ الإِحْرَازِ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا عُرِفَ مِنْ قَاعِدَةِ الخَصْمِ) أَنَّ المَحْظُورَ وَلوْ بِوَجْهٍ لا يَنْتَهِضُ سَبَبًا للملكِ كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ؛ وَأَمَّا المَحْظُورُ مِنْ كُل وَجْهٍ بِأَنْ يَكُونَ مَحْظُورًا بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ كَمَا فِي **البَيْعِ البَاطِل كَالبَيْعِ بِالمَيْتَةِ أَوْ الدَّمِ** فَإِنَّهُ لا يُوجِبُ المِلكَ بِالاتِّفَاقِ (وَلنَا أَنَّ الاسْتِيلاءَ وَرَدَ عَلى مَالٍ مُبَاحٍ) وَوُرُودُ الاسْتِيلاءِ عَلى مَالٍ مُبَاحٍ (يَنْعَقِدُ سَبَبًا للملكِ دَفْعًا لحَاجَةِ المُكَلفِ كَاسْتِيلائِنَا عَلى أَمْوَالهِمْ) وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إشَارَةٌ إلى أَنَّ الاسْتِيلاءَ وَرَدَ عَلى مَالٍ مُبَاحٍ، وَبَيَانُهُ أَنَّ **العِصْمَةَ فِي المَال لكُل مَنْ تَثْبُتُ لهُ مِنْ المُسْلمِ وَالكَافِرِ** إنَّمَا تَثْبُتُ عَلى مُنَافَاةِ الدَّليلِ، فَإِنَّ الدَّليلَ وَهُوَ قَوْلهُ تَعَالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] يَقْتَضِي أَنْ لا يَكُونَ مَالٌ مَا مَعْصُومًا لشَخْصٍ مَا، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ العِصْمَةُ (لضَرُورَةِ تَمَكُّنِ المَالكِ مِنْ الانْتِفَاعِ، فَإِذَا زَالتْ المُكْنَةُ) بِالاسْتِيلاءِ (عَادَ مُبَاحًا كَمَا كَانَ. غَيْرَ أَنَّ الاسْتِيلاءَ لا يَتَحَقَّقُ إلا بِالإِحْرَازِ بِالدَّارِ، لأَنَّهُ) أَيْ لأَنَّ الاسْتِيلاءَ (عِبَارَةٌ عَنْ الاقْتِدَارِ عَلى المَحَل حَالا وَمَآلا) وَالكُفَّارُ مَا دَامُوا فِي دَارِ الإِسْلامِ اقْتَدَرُوا عَلى المَحَل حَالا، وَإِنَّمَا يَقْتَدِرُونَ عَليْهِ مَآلا بِالإِحْرَازِ لأَنَّهُمْ مَا دَامُوا فِي دَارِنَا فَهُمْ مَقْهُورُونَ بِالدَّارِ، وَالاسْتِرْدَادُ بِالنُّصْرَةِ مُحْتَمَلٌ. وَقَوْلُهُ (وَالمَحْظُورُ لغَيْرِهِ)

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١١٤، ١١٥)، وانظر نصب الراية (٣/٦٥٢).

جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ الخَصْمِ إنَّ الاسْتِيلاءَ مَحْظُورٌ. وَتَقْرِيرُهُ: سَلمْنَا أَنَّهُ مَحْظُورٌ لكنَّهُ مَحْظُورٌ لغَيْرِهِ مُبَاحٌ فِي نَفْسِه عَلى مَا ذَكَرْنَا، وَالمَحْظُورُ لغَيْرِه (إذَا صَلُحَ سَبَبًا لكَرَامَة تَفُوقُ الملكَ) كَالصَّلاة فِي الأَرْضِ المَغْصُوبَة فَإِنَّهَا تَصْلُحُ سَبَبًا لاسْتحْقَاق أَعْلى النِّعَمِ وَهُوَ الثَّوَابُ فِي الآخرَة، فَلأَنْ تَصْلُحَ سَبَبًا للملك فِي الدُّنْيَا أَوْلى.

فَإِنْ قِيلَ: لوْ ثَبتَ الملكُ للكَافِرِ بِالاسْتِيلاءِ عَلى مَال المُسْلمِ لمَا ثَبتَ وِلايَةُ الاسْترْدَاد للمَالك القَديمِ منْ الغَازِي الذي وَقَعَ فِي قِسْمَته أَوْ منْ الذي اشْترَاهُ منْ أَهْلِ الحَرْبِ بِدُونِ رِضَا الغَازِي. أُجِيبَ بِأَنَّ بَقَاءَ حَقِّ الاسْترْدَاد لحَقِّ المَالك القَديمِ لا يَدُلُّ عَلى قِيَامِ الملكِ للمَالك القَديمِ، أَلا تَرَى أَنَّ للوَاهِبِ الرُّجُوعَ فِي الهبَة وَالإِعَادَةَ إلى قَديمِ ملكه بِدُونِ رِضَا المَوْهُوب لهُ مَعَ زَوَال ملك الوَاهِب فِي الحَال، وَكَذَا الشَّفيعُ يَأْخُذُ الدَّارَ منْ المُشْتَرِي بِحَقِّ الشُّفْعَة بِدُونِ رِضَا المُشْتَرِي مَعَ ثُبُوتِ الملك لهُ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهَا المُسْلمُونَ) وَاضِحٌ.

(وَإِن دَخَلَ دَارَ الحَرْبِ تَاجِرٌ فَاشتَرَى ذَلكَ وَأَخرَجَهُ إلى دَارِ الإِسلامِ فَمَالكُهُ الأَوَّلُ بِالخِيَارِ إن شَاءَ أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ الذِي اشتَرَاهُ بِهِ، وَإِن شَاءَ تَرَكَهُ)؛ لأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالأَخذِ مَجَّانًا؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ قَد دَفَعَ العِوَضَ بِمُقَابَلَتِهِ فَكَانَ اعتِدَالُ النَّظَرِ فِيمَا قُلنَاهُ، وَلو اشتَرَاهُ بِعَرَضٍ يَأخُذُهُ بِقِيمَةِ العَرَضِ، وَلو وَهَبُوهُ لمُسلمٍ يَأخُذُهُ بِقِيمَتِهِ؛ لأَنَّهُ ثَبَتَ لهُ مِلكٌ خَاصٌّ فَلا يُزَالُ إلا بِالقِيمَةِ، وَلو كَانَ مَغنُومًا وَهُوَ مِثليٌّ يَأخُذُهُ قَبلَ القِسمَةِ وَلا يَأخُذُهُ بَعدَهَا؛ لأَنَّ الأَخذَ بِالمِثل غَيرُ مُفِيدٍ، وَكَذَا إذَا كَانَ مَوهُوبًا لا يَأخُذُهُ لمَا بَيَّنَّا. وَكَذَا إذَا كَانَ مُشتَرَى بِمِثلهِ قَدرًا وَوَصفًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ ثَبتَ لهُ ملكٌ خَاصٌّ فَلا يُزَالُ إلا بِالقِيمَة) قِيل عَليْه بِأَنَّ الملكَ ثَبتَ للمَوْهُوبِ لهُ مَجَّانًا فَلا يَتَضَرَّرُ بِالأَخْذ منْهُ مَجَّانًا، بِخلاف مَا ثَبتَ لأَحَد الغُزَاة بِالقِسْمَة لأَنَّ هَذَا الحَقَّ إنَّمَا تَعَيَّنَ لهُ بِإِزَاءِ مَا انْقَطَعَ منْ حَقِّه عَمَّا فِي أَيْدي البَاقِينَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الملكَ هَاهُنَا أَيْضًا ثَبتَ بِالعِوَضِ مَعْنًى لمَا أَنَّ المُكَافَأَةَ مَقْصُودَةٌ فِي الهبَة وَإِنْ لمْ تَكُنْ مَشْرُوطَةً فَجُعل ذَلكَ مُعْتَبَرًا فِي إثْبَات حَقِّه فِي القِيمَة وَقَوْلُهُ (وَلوْ كَانَ مَغْنُومًا) يَعْنِي لوْ كَانَ مَا أَخَذَهُ الكُفَّارُ منْ المُسْلمِينَ مَغْنُومًا: أَيْ مَأْخُوذًا بِالقَهْرِ

وَالغَلَبَة (**وَهُوَ مِثْلِيٌّ**) **كَالذَّهَبِ وَالفِضَّة** وَالحِنْطَة وَالشَّعِير (**يَأْخُذُهُ قَبْلَ القِسْمَة**) وَلا **يَأْخُذُهُ بَعْدَهَا** (لِأَنَّ الأَخْذَ بِالمِثْلِ غَيْرُ مُفِيد، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا لا يَأْخُذُهُ لِمَا بَيَّنَّاهُ) أَنَّ الأَخْذَ بِالمِثْلِ غَيْرُ مُفِيد (وَكَذَا إِذَا كَانَ مُشْتَرًى بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا) يَعْنِي إِذَا **كَانَ مَا أَخَذَهُ الكُفَّارُ مِنَ المُسْلِمِينَ مِثْلِيًّا فَاشْتَرَاهُ مِنْ مُسْلِمٍ بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُهُ القَدِيمُ** لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفِيد، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا احْتِرَازًا عَمَّا لَوْ اشْتَرَاهُ المُسْلِمُ بِأَقَلَّ قَدْرًا مِنْهُ أَوْ بِجِنْسٍ آخَرَ أَوْ بِجِنْسِهِ وَلَكِنَّهُ أَرْدَأُ مِنْهُ وَصْفًا فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِمِثْلِ مَا أَعْطَاهُ المُشْتَرِي وَلا يَكُونُ ذَلِكَ رِبًا لِأَنَّهُ إِنَّمَا فَدَى لِيَسْتَخْلِصَ مِلْكَهُ وَيُعِيدَهُ إِلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ لا أَنَّهُ يَشْتَرِيهِ ابْتِدَاءً.

قال: (فإن أسَرُوا عبداً فاشتَرَاهُ رَجُلٌ وَأخرجَهُ إلى دَارِ الإسلامِ ففُقِئَت عَينُهُ وَأخَذَ أرشَهَا فإنَّ المَولى يَأخُذُهُ بِالثَّمَنِ الذي أُخِذَ بِهِ مِن العَدُوِّ) أمَّا الأخذُ بِالثَّمَنِ فلمَا قُلنَا (وَلا يَأخُذُ الأرشَ)؛ لأنَّ المِلكَ فِيهِ صَحِيحٌ، فَلو أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِمِثلِهِ وَهُوَ لا يُفِيدُ وَلا يُحَطُّ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ؛ لأنَّ الأوصَافَ لا يُقَابِلُهَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ، بِخِلافِ الشُّفعَةِ؛ لأنَّ الصَّفقَةَ لمَّا تَحوَّلت إلى الشَّفِيعِ صَارَ المُشتَرَى فِي يَدِ المُشتَرِي بِمَنزِلةِ المُشتَرَى شِرَاءً فَاسِداً، وَالأوصَافُ تُضمَنُ فِيهِ كَمَا فِي الغَصبِ، أمَّا هَاهُنَا المِلكُ صَحِيحٌ فَافتَرَقَا.

الشرح:

قال (فَإِنْ أَسَرُوا عَبْدًا) إِذَا أَخَذَ الكُفَّارُ عَبْدًا وَدَخَلُوا بِهِ دَارَ الحَرْبِ (فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الإِسْلامِ فَفُقِئَتْ عَيْنُهُ وَأُخِذَ أَرْشُهَا فَإِنَّ المَوْلَى يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ الذي أُخِذَ بِهِ مِنْ العَدُوِّ، أَمَّا الأَخْذُ بِالثَّمَنِ فَلِمَا قُلْنَا) إِنَّ المُشْتَرِيَ يَتَضَرَّرُ بِالأَخْذِ مَجَّانًا (وَلا يَأْخُذُ الأَرْشَ لِأَنَّ المِلْكَ فِي صَحِيحٍ) فَكَانَ الأَرْشُ حَاصِلا فِي مِلْكِهِ وَلَيْسَ فِيهِ الإِعَادَةُ إِلَى قَدِيمِ المِلْكِ حَتَّى يَكُونَ المَوْلَى أَحَقَّ بِهِ كَالرَّقَبَة، وَمَعَ هَذَا لَوْ أَخَذَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُهُ بِمِثْلِهِ لِأَنَّ الأَرْشَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَهُوَ لا يُفِيدُ. وَقَوْلُهُ (لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِ صَحِيحٌ) احْتِرَازٌ عَنْ المُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا، فَإِنَّ الأَوْصَافَ هُنَاكَ مَضْمُونَةٌ (وَلا يَحُطُّ شَيْئًا مِنْ الثَّمَنِ لِأَنَّ الأَوْصَافَ لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ).

وَاسْتَشْكَلَ هَذَا التَّعْلِيلُ هَاهُنَا لِأَنَّ الأَوْصَافَ إِنَّمَا لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ إِذَا لَمْ يَصِرْ التَّنَاوُلُ مَقْصُودًا، أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى **عَبْدًا فَفُقِئَتْ عَيْنُهُ وَأَخَذَ الأَرْشَ ثُمَّ قَصَدَ**

بَيْعَهُ **مُرَابَحَةً** فَإِنَّهُ يُحَطُّ مِنْ الثَّمَنِ مَا يَخُصُّ العَيْنَ لأَنَّهَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بالتَّنَاوُل، بخلاف مَا إذَا اعْوَرَّتْ. وَأَجَابَ بَعْضُهُمْ بأَنَّهُ إنَّمَا يُحَطُّ فِي الْمُرَابَحَة للشُّبْهَة لأَنَّهُ صَار كَأَنَّهُ **اشْتَرَى شَيْئَيْنِ بِأَلْفٍ ثُمَّ بَاعَ أَحَدُهُمَا بذَلكَ الثَّمَنِ** فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُ الآخَرِ مُرَابَحَةً لَمَا أَنَّ الشُّبْهَةَ مُلحَقَةٌ بالحَقيقَة فِي بَاب الْمُرَابَحَة تَحَرُّزًا عَنْ شُبْهَة الخيَانَة، وَلا كَذَلكَ هَاهُنَا لأَنَّهُ لا اعْتبَارَ للشُّبْهَة فيه، بخلاف الشُّفْعَة فَإِنَّ الأَوْصَافَ يُقَابلُهَا شَيْءٌ منْ الثَّمَنِ فيهَا، حَتَّى لوْ اسْتَهْلَكَ الْمُشْتَرِي شَيْئًا منْ الدَّار سَقَطَ حصَّتُهُ منْ الثَّمَنِ لأَنَّ الْمُشْتَرِيَ فِي الذي وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ فيه بمَنْزِلَة شرَاء الْمُشْتَرِي شرَاءً فَاسدًا منْ حَيْثُ إنَّ كُل وَاحد منْهُمَا وَاجبُ الرَّدِّ، وَالأَوْصَافُ تُضْمَنُ فِي الْمُشْتَرِي شرَاءً فَاسدًا كَمَا فِي الغَصْب، فَإِنَّ مَنْ **غَصَبَ جَارِيَةً فَذَهَبَتْ إحْدَى عَيْنَيْهَا ضَمنَ نصْفَ قيمَتهَا**. فَإِنْ قيل: شرَاءُ التَّاجر هَاهُنَا بمَنْزِلَة الْمُشْتَرِي شرَاءً فَاسدًا فِي الْمَعْنَى الْمَذْكُور وَهُوَ وُجُوبُ الرَّدِّ. أُجيبَ بأَنَّ إلحَاقَ مَسْأَلة الشُّفْعَة بالْمُشْتَرِي شرَاءً فَاسدًا منْ حَيْثُ وُجُوبُ الرَّدِّ إلى الشَّفيع، وَمنْ حَيْثُ وُجُوبُ عَرْضِ البَائع الدَّارَ عَلى الجَار أَوَّلا، ثُمَّ البَيْعُ إنْ رَغبَ عَنْهُ الجَارُ فَإِذَا لَمْ يَفْعَل ذَلكَ صَارَ ذَلكَ مَكْرُوهًا فَصَارَ كَتَمَكُّنِ الفَسَاد فِي العَقْد، وَلا كَذَلكَ بَيْعُ الكَافر منْ التَّاجر فَإِنَّهُ لا يَجبُ عَلَيْه العَرْضُ عَلى المَالك.

قيل فِي مَسْأَلة الشُّفْعَة أَيْضًا إذَا كَانَ هَلاكُ بَعْضِ الْمُشْتَرِي بآفَة سَمَاوِيَّة لا يُقَابلُ الأَوْصَافَ شَيْءٌ منْ الثَّمَنِ فَلَمْ تَكُنْ مُخَالفَةً لمَسْأَلة التَّاجر. وَأُجيبَ بأَنَّهَا مُخَالفَةٌ فِي صُورَة العَمْد، فَإِنَّ التَّاجرَ إذَا فَقَأَ عَيْنَ الجَاريَة لا يَلزَمُهُ حَطُّ شَيْءٍ منْ الثَّمَنِ، بخلاف مَا إذَا اسْتَهْلَكَ **الْمُشْتَرِي بَعْضَ الأَشْجَار فِي الشُّفْعَة** فَإِنَّهُ يَحُطُّ حصَّتَهُ منْ الثَّمَنِ.

(وَإن أَسَرُوا عبدًا فَاشتَرَاهُ رَجُلٌ بِأَلفِ دِرهَمٍ فَأَسَرُوهُ ثَانيًا وَأَدخَلُوهُ دَارَ الحَربِ فَاشتَرَاهُ رَجُلٌ آخَرُ بِأَلفِ دِرهَمٍ فَليسَ لِلمَولى الأَوَّل أَن يَأخُذَهُ مِن الثَّانِي بِالثَّمَنِ)؛ لأَنَّ الأَسرَ مَا وَرَدَ عَلى مِلكِهِ (وَلِلمُشتَرِي الأَوَّل أَن يَأخُذَهُ مِن الثَّانِي بِالثَّمَنِ)؛ لأَنَّ الأَسرَ وَرَدَ عَلى مِلكِهِ (ثُمَّ يَأخُذُهُ المَالِكُ القَدِيمُ بِأَلفَينِ إن شَاءَ)؛ لأَنَّهُ قَامَ عَليهِ بِالثَّمَنَينِ فَيَأخُذُهُ بِهِمَا، وَكَذَا إذَا كَانَ المَأسُورُ مِنهُ الثَّانِي غَائِبًا لِيسَ لِلأَوَّل أَن يَأخُذَهُ اعتِبَارًا بِحَالِ حَضرَتِهِ (وَلا يَملِكُ عَلينَا أَهلُ الحَربِ بِالغَلَبَةِ مُدَبَّرِينَا وَأُمَّهَاتِ أَولادِنَا وَمُكَاتَبِينَا وَأَحرَارَنَا وَنَملِكُ عَليهِم جَمِيعَ ذَلكَ)؛ لأَنَّ السَّبَبَ إنَّمَا يُفِيدُ المِلكَ فِي مَحَلِهِ، وَالمَحَلُّ المَالُ المُبَاحُ، وَالحُرُّ

مَعصُومٌ بِنَفسِهِ، وَكَذَا مَن سِوَاهُ؛ لأَنَّهُ تَثبُتُ الحُرِّيَّةُ فِيهِ مِن وَجهٍ، بِخِلافِ رِقَابِهِم؛ لأَنَّ الشَّرعَ أَسقَطَ عِصمَتَهُم جَزَاءً عَلَى جِنَايَتِهِم وَجَعَلَهُم أَرِقَّاءَ وَلا جِنَايَةَ مِن هَؤُلاءِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ أَسَرُوا عَبْدًا) صُورَتُهُ ظَاهِرَةٌ. وَاعْتُرِضَ عَلَى قَوْلِهِ وَلِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ الثَّانِي بِالثَّمَنِ بِأَنَّا لَوْ أَثْبَتْنَا حَقَّ الأَخْذِ لِلَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْ العَدُوِّ أَوَّلا تَضَرَّرَ المَالِكُ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنَيْنِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ رِعَايَةَ حَقِّ مَنْ اشْتَرَاهُ مِنْ العَدُوِّ أَوَّلا أَوْلَى، لأَنَّ حَقَّهُ يَعُودُ فِي الأَلْفِ الَّتِي نَقَدَهَا بِلا عِوَضٍ يُقَابِلُهَا، وَالمَالِكُ القَدِيمُ يَلْحَقُهُ الضَّرَرُ وَلَكِنْ بِعِوَضٍ يُقَابِلُهُ وَهُوَ العَبْدُ، فَكَانَ مَا قُلْنَاهُ أَوْلَى وَقَوْلُهُ (وَكَذَا مَنْ سِوَاهُ) أَيْ مَنْ سِوَى الحُرِّ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ رِقَابِهِمْ) أَيْ رِقَابِ أَحْرَارِ الكُفَّارِ وَمُدَبَّرِيهِمْ وَأُمَّهَاتِ أَوْلادِهِمْ. وَقَوْلُهُ (وَلا جِنَايَةَ مِنْ هَؤُلاءِ) أَيْ مِنْ **مُدَبَّرِينَا وَأُمَّهَاتِ أَوْلادِنَا وَمُكَاتَبِينَا وَأَحْرَارِنَا فَلا يَمْلِكُهُمْ الكُفَّارُ وَإِنْ اسْتَوْلَوْا عَلَيْهِمْ**، وَإِذَا لَمْ يَمْلِكْهُمْ الكُفَّارُ لَمْ يَمْلِكْهُمْ الغُزَاةُ أَيْضًا، حَتَّى لَوْ كَانَ أَخَذَهُمْ أَهْلُ دَارِ الحَرْبِ مِنْ دَارِ الإِسْلامِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِمْ فَهُمْ لِمُلاكِهِمْ قَبْلَ القِسْمَةِ وَبَعْدَهَا بِغَيْرِ شَيْءٍ.

(وَإِذَا أَبَقَ عَبدٌ لِمُسلِمٍ فَدَخَلَ إِلَيهِم فَأَخَذُوهُ لَم يَملِكُوهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا يَملِكُونَهُ)؛ لأَنَّ العِصمَةَ لِحَقِّ المَالِكِ لِقِيَامِ يَدِهِ وَقَد زَالَت، وَلِهَذَا لَو أَخَذُوهُ مِن دَارِ الإِسلامِ مَلَكُوهُ. وَلَهُ أَنَّهُ ظَهَرَت يَدُهُ عَلَى نَفسِهِ بِالخُرُوجِ مِن دَارِنَا؛ لأَنَّ سُقُوطَ اعتِبَارِهِ لِتَحَقُّقِ يَدِ المَولَى عَلَيهِ تَمكِينًا لَهُ مِن الانتِفَاعِ وَقَد زَالَت يَدُ المَولَى فَظَهَرَت يَدُهُ عَلَى نَفسِهِ وَصَارَ مَعصُومًا بِنَفسِهِ فَلَم يَبقَ مَحَلًّا لِلمِلكِ، بِخِلافِ المُتَرَدِّدِ؛ لأَنَّ يَدَ المَولَى بَاقِيَةٌ عَلَيهِ لِقِيَامِ يَدِ أَهلِ الدَّارِ فَمَنَعَ ظُهُورَ يَدِهِ. وَإِذَا لَم يَثبُت المِلكُ لَهُم عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ يَأخُذُهُ المَالِكُ القَدِيمُ بِغَيرِ شَيءٍ مَوهُوبًا كَانَ أَو مُشتَرًى أَو مَغنُومًا قَبلَ القِسمَةِ وَبَعدَ القِسمَةِ يُؤَدَّى عِوَضُهُ مِن بَيتِ المَالِ؛ لأَنَّهُ لا يُمكِنُ إِعَادَةُ القِسمَةِ لِتَفَرُّقِ الغَانِمِينَ وَتَعَذُّرِ اجتِمَاعِهِم وَلَيسَ لَهُ عَلَى المَالِكِ جُعلُ الآبِقِ؛ لأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفسِهِ إِذ فِي زَعمِهِ أَنَّهُ مِلكُهُ.

الشرح:

قَالَ (**وَإِذَا أَبَقَ عَبْدٌ لِمُسْلِمٍ فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ**) إذَا أَبَقَ عَبْدٌ لِمُسْلِمٍ قَالُوا: قَيْدُ " لِمُسْلِمٍ " اتِّفَاقِيٌّ لأَنَّ عَبْدَ الذِّمِّيِّ كَذَلِكَ (فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ

وَقَالا: يَمْلكُونَهُ لأَنَّ العصْمَةَ لحَقِّ المَالك) وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ سُقُوطَ اعْتبَارِه) أَيْ اعْتبَارِ يَدِ العَبْدِ (لتَحَقُّقِ يَدِ المَوْلى عَلَيْه تَمْكينًا لهُ منْ الانْتفَاعِ وَقَدْ زَالتْ يَدُ المَوْلى فَظَهَرَتْ يَدُهُ عَلى نَفْسه) لأَنَّهُ حينَ دَخَل دَارَ الحَرْبِ فَقَدْ زَالتْ يَدُ المَوْلى عَنْهُ لا إلى مَنْ يَخْلُفُهُ، لأَنَّ يَدَ المَوْلى عِبَارَةٌ عَنْ القُدْرَة عَلى التَّصَرُّف فِي المَحَل كَيْفَ شَاءَ، وَلمْ يَبْقَ ذَلكَ لا مَحَالةَ فَيَصيرُ فِي يَدِ نَفْسِه وَهِيَ يَدٌ مُحْتَرَمَةٌ تَمْنَعُ الإحْرَازَ فَتَمْنَعُ الملكَ لأَنَّهُ لا ملكَ بدُون الإحْرَاز.

فَإنْ قيل: لا نُسَلمُ أَنَّهَا زَالتْ لا إلى مَنْ يَخْلُفُهُ فَإنَّ يَدَ الكَفَرَة قَدْ خَلفَتْ يَدَ المَوْلى لأَنَّ دَارَ الحَرْبِ فِي أَيْديهِمْ. أُجيبَ بأَنَّ بَيْنَ الدَّارَيْنِ حَدًّا لا يَكُونُ فِي يَد أَحَد، وَعنْدَ ذَلكَ تَظْهَرُ يَدُ العَبْد عَلى نَفْسه، وَلأَنَّ يَدَ الدَّار يَدٌ حُكْميَّةٌ وَيَدَ العَبْد يَدٌ حَقيقيَّةٌ فَلا تَنْدَفعُ بيَدِ الدَّار، إليْه أَشَارَ فَخْرُ الإسْلام، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ حُصُول اليَد الحَقيقيَّة للعَبْد فِي حَيِّز النِّزَاعِ. وَالجَوَابُ أَنَّ اليَدَ كَمَا ذَكَرْنَا عِبَارَةٌ عَنْ القُدْرَة عَلى التَّصَرُّف فِي المَحَل كَيْفَ شَاءَ، وَعنْدَ دُخُول العَبْد فِي دَار الحَرْبِ يَحْصُلُ لهُ ذَلكَ قَبْل اسْتيلاء الكَفَرَة عَليْه. فَإنْ قيل: لوْ حَصَل لهُ يَدٌ حَقيقيَّةٌ لعَتَقَ وَليْسَ كَذَلكَ. أُجيبَ بمَنْع المُلازَمَة لأَنَّ ظُهُورَ يَده عَلى نَفْسه لا يَسْتَلزمُ زَوَال ملك المَوْلى، فَإنَّهُ لَمَّا ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلى نَفْسه صَارَ غَاصبًا ملكَ المَوْلى، وَجَازَ أَنْ تُوجَدَ اليَدُ بلا ملكٍ كَمَا فِي المَغْصُوبِ وَالمُشْتَرَى قَبْل القَبْضِ فَإنَّ الملكَ للمَوْلى وَاليَدَ لغَيْره.

وَقَوْلُهُ (بخلاف المُتَرَدِّد) يَعْنِي فِي دَارِ الإسْلام لأَنَّ يَدَ المَوْلى بَاقيَةٌ عَليْه حُكْمًا لقيَام يَد أَهْل الدَّار فَمَنَعَ ظُهُورَ يَده، وَلهَذَا لوْ وَهَبَهُ لابْنه الصَّغير كَانَ قَابضًا لهُ. فَبَقَاءُ اليَد حُكْمًا يَمْنَعُ ثُبُوتَ اليَد لهُ، فَإنْ اسْتَوْلى عَليْه المُشْرِكُونَ مَلكُوهُ (وَإذَا لمْ يَثْبُتْ الملكُ لهُمْ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ ﷺ يَأْخُذُهُ المَالكُ القَديمُ بغَيْر شَيْءٍ إذَا كَانَ مَوْهُوبًا أَوْ مُشْتَرًى) أَمَّا إذَا كَانَ مَوْهُوبًا فَظَاهرٌ لأَنَّهُ أَخَذَهُ بغَيْر عوَضٍ فَلا يَتَضَرَّرُ بالأَخْذ منْهُ، وَأَمَّا المُشْتَري فَلأَنَّ المُشْتَريَ قَدْ تَملكَهُ بغَيْر أَمْره فَكَانَ مُتَبَرِّعًا، حَتَّى لوْ أَمَرَهُ بذَلكَ رَجَعَ عَليْه المُشْتَري بالثَّمَنِ، وَإنْ كَانَ مَغْنُومًا فَكَذَلكَ إذَا كَانَ قَبْل القسْمَة، وَأَمَّا إذَا كَانَ بَعْدَهَا فَيُؤَدِّي عوَضَهُ منْ بَيْت المَال لأَنَّ نَصيبَهُ قَدْ اسْتُحقَّ فَلهُ أَنْ يَرْجعَ عَلى شُرَكَائه فِي الغَنيمَة وَقَدْ تَعَذَّرَ ذَلكَ لتَفَرُّقهِمْ وَتَعَذُّر اجْتمَاعهِمْ فَيُعَوَّضُ منْ بَيْت المَال لأَنَّ هَذه منْ نَوَائب

الْمُسْلِمِينَ وَمَالُ بَيْتِ الْمَالِ مُعَدٌّ لِذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ لَهُ) أَيْ لِلْغَازِي أَوْ لِلتَّاجِرِ (جَعْلُ الآبِقِ لأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ إِذْ فِي زَعْمِهِ أَنَّهُ مِلْكُهُ) وَالْجُعْلُ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا أَخَذَهُ الآخِذُ عَلَى قَصْدِ الرَّدِّ إِلَى مَالِكِهِ.

(وَإِن نَدَّ بَعِيرٌ إليهِم فَأَخَذُوهُ مَلَكُوهُ) لِتَحَقُّقِ الاستيلاءِ إذ لا يَدَ للعَجماءِ لِتَظهَرَ عِندَ الخُرُوجِ مِن دَارِنَا، بِخِلافِ العَبدِ عَلى مَا ذَكَرنَا. (وَإِن اشتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَدخَلَهُ دَارَ الإِسلامِ فَصَاحِبُهُ يَأخُذُهُ بِالثَّمَنِ إن شَاءَ) لِمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ نَدَّ إِلَيْهِمْ بَعِيرٌ) ظَاهِرٌ.

(فَإِن أَبَقَ عَبدٌ إليهِم وَذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَسٍ وَمَتَاعٍ فَأَخَذَ المُشرِكُونَ ذَلكَ كُلَّهُ وَاشتَرَى رَجُلٌ ذَلكَ كُلَّهُ، وَأَخرَجَهُ إلى دَارِ الإِسلامِ فَإِنَّ المَولى يَأخُذُ العَبدَ بِغَيرِ شَيءٍ وَالفَرَسَ وَالمَتَاعَ بِالثَّمَنِ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَأخُذُ العَبدَ وَمَا مَعَهُ بِالثَّمَنِ إن شَاءَ) اعتِبَارًا لِحَالَةِ الاجتِمَاعِ بِحَالَةِ الانفِرَادِ وَقَد بَيَّنَّا الحُكمَ فِي كُل فَردٍ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (فَإِنْ أَبَقَ عَبْدٌ إِلَيْهِمْ وَذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَسٍ وَمَتَاعٍ). وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَ الْمَالِكُ الْمَتَاعَ أَيْضًا بِغَيْرِ شَيْءٍ، لأَنَّهُ لَمَّا ظَهَرَتْ يَدُ الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ ظَهَرَتْ عَلَى الْمَالِ أَيْضًا لانْقِطَاعِ يَدِ الْمَوْلَى عَنْ الْمَالِ لأَنَّهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَيَدُ الْعَبْدِ أَسْبَقُ مِنْ يَدِ الْكُفَّارِ عَلَيْهِ فَلا يَصِيرُ مِلْكًا لَهُمْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ ظَهَرَتْ عَلَى نَفْسِهِ مَعَ الْمُنَافِي وَهُوَ الرِّقُّ فَكَانَتْ ظَاهِرَةً مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَجَعَلْنَاهَا ظَاهِرَةً فِي حَقِّ نَفْسِهِ غَيْرَ ظَاهِرَةٍ فِي حَقِّ الْمَالِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الحَربِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشتَرَى عَبدًا مُسلمًا وَأَدخَلَهُ دَارَ الحَربِ عَتَقَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يُعتَقُ)؛ لأَنَّ الإِزَالَةَ كَانَت مُستَحَقَّةً بِطَرِيقٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ البَيعُ وَقَد انقَطَعَت وِلايَةُ الجَبرِ عَليهِ فَبَقِيَ فِي يَدِهِ عَبدًا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ تَخليصَ المُسلمِ عَن ذُل الكَافِرِ وَاجِبٌ، فَيُقَامُ الشَّرطُ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَينِ مَقَامَ العِلةِ وَهُوَ الإِعتَاقُ تَخليصًا لَهُ، كَمَا يُقَامُ مُضِيُّ ثَلاثِ حِيَضٍ مَقَامَ التَّفرِيقِ فِيمَا إذَا أَسلمَ أَحَدُ الزَّوجَينِ فِي دَارِ الحَربِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا **دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى عَبْدًا مُسْلِمًا**) **أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ أَسْلَمَ أَحَدٌ مِمَّنْ كَانَ مَعَهُ مِنَ العَبِيدِ** أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهِ مِنَ المُسْلِمِينَ **كَالذِّمِّيِّ يُسْلِمُ عَبْدُهُ**. فَإِنْ قِيلَ: الذِّمِّيُّ مُلتَزِمٌ أَحْكَامَ الإِسْلامِ فَجَازَ إِجْبَارُهُ عَلَى بَيْعِ عَبْدِهِ الذي أَسْلَمَ وَالحَرْبِيُّ لَيْسَ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ الأَمَانَ يُنَافِي إِبْقَاءَهُمْ فِي مِلكِهِ لأَنَّ فِيهِ اسْتِذْلالا لِلمُسْلِمِ وَإِعْطَاءُ الأَمَانِ عَلَى تَرْكِ ذَلِكَ فَكَانَ الأَمَانُ مُلتَزِمًا تَرْكَ إِذْلالِ المُسْلِمِينَ فَيَلزَمُهُ.

وَوَجْهُهُمَا ظَاهِرٌ. وَوَجْهُ أَبِي حَنِيفَةَ (أَنَّ تَخْلِيصَ المُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ الكَافِرِ وَاجِبٌ) عَلَى الإِمَامِ، فَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الإِسْلامِ فَبِالجَبْرِ عَلَى البَيْعِ لِلمُسْلِمِينَ دُونَ الإِعْتَاقِ لأَنَّ مَالَ المُسْتَأْمَنِ مَعْصُومٌ مَا دَامَ فِي دَارِ الإِسْلامِ بِمُقْتَضَى الأَمَانِ، فَإِذَا أَدْخَلَهُ فِي دَارِ الحَرْبِ زَالَتْ عِصْمَةُ مَالِهِ، فَلَوْ كَانَ لِلإِمَامِ وِلايَةٌ عَلَيْهِ وَجَبَ عَلَيْهِ إِجْبَارُهُ عَلَى العِتْقِ لإِزَالَةِ عِصْمَةِ مَالِهِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وِلايَةٌ يُقِيمُ شَرْطَ زَوَالِ عِصْمَةِ المَالِ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ مَقَامَ عِلَّةِ الإِزَالَةِ وَهِيَ الإِعْتَاقُ لأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ يُقَامُ مَقَامَ العِلَّةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ إِضَافَةُ الحُكْمِ إِلَيْهَا كَحَفْرِ البِئْرِ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِقَامَةُ الشَّرْطِ هَاهُنَا مَقَامَ العِلَّةِ يَسْتَلزِمُ جَعْلَ المُثْبِتِ لِلشَّيْءِ مُزِيلا لَهُ وَهُوَ بَاطِلٌ، وَذَلِكَ لأَنَّهُمْ إِذَا اسْتَوْلَوْا عَلَى عَبْدٍ مُسْلِمٍ بِالإِحْرَازِ بِدَارِهِمْ مَلَكُوهُ، فَكَانَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ عِلَّةً لِثُبُوتِ المِلكِ فِيهِ وَهَاهُنَا جَعَلتُمُوهُ مُزِيلا لَهُ، وَفِيهِ أَيْضًا نَقْضٌ لِقَاعِدَةٍ مُطَّرِدَةٍ وَهِيَ أَنَّ البَقَاءَ أَسْهَلُ مِنَ الابْتِدَاءِ فَإِنَّ هَذَا يُفِيدُ ابْتِدَاءَ المِلكِ دُونَ بَقَائِهِ. فَالجَوَابُ أَنَّ تَبَايُنَ الدَّارَيْنِ مُثْبِتٌ لِلمِلكِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا، وَالمِلكُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ ثَابِتٌ بِالشِّرَاءِ دُونَ التَّبَايُنِ فَجُعِلَ مُزِيلا فِي مَحَلٍّ خَاصٍّ تَخْلِيصًا لِلمُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ الكَافِرِ.

عَلَى أَنَّ مَا جَعَلنَاهُ مُزِيلا وَإِنَّمَا جَعَلنَاهُ قَائِمًا مَقَامَ المُزِيلِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ فَلَمْ يَكُنْ الشَّيْءُ الوَاحِدُ مُزِيلا غَيْرَ مُزِيلٍ وَهُوَ المُمْتَنِعُ، وَبَقَاءُ الشَّيْءِ أَسْهَلُ مِنَ الابْتِدَاءِ إِذَا لَمْ يَعْتَرِ البَقَاءَ مَا يُزِيلُ سُهُولَتَهُ وَهَاهُنَا بَقَاءُ المُسْلِمِ فِي يَدِ الكَافِرِ صَعْبٌ يُزِيلُ سُهُولَتَهُ. وَقَوْلُهُ (كَمَا يُقَامُ مُضِيُّ ثَلاثِ حِيَضٍ) تَمْثِيلٌ لِلمَسْأَلَةِ فِي قِيَامِ الشَّرْطِ مَقَامَ العِلَّةِ، فَإِنَّ انْقِضَاءَ ثَلاثِ حِيَضٍ **شَرْطُ البَيْنُونَةِ فِي الطَّلاقِ الرَّجْعِيِّ** أُقِيمَ مَقَامَ عِلَّةِ البَيْنُونَةِ وَهِيَ عَرْضُ القَاضِي الإِسْلامَ وَتَفْرِيقُهُ بَعْدَ الإِبَاءِ لِعَجْزِ القَاضِي عَنْ حَقِيقَةِ العِلَّةِ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بِدَارِ الحَرْبِ.

(وَإِذَا أَسلمَ عَبدٌ لحَربِيٍّ ثُمَّ خَرجَ إلينَا أَو ظَهرَ عَلى الدَّارِ فَهُوَ حُرٌّ، وَكَذَلكَ إذَا خَرجَ عَبِيدُهُم إلى عَسكرِ المُسلمِينَ فَهُم أَحرَارٌ) لِمَا رُوِيَ «أنَّ عَبِيدًا مِن عَبِيدِ الطَّائِفِ أَسلمُوا وَخَرَجُوا إلى رَسُولِ اللهِ ﷺ فَقَضَى بِعِتقِهِم وَقَالَ: هُم عُتَقَاءُ اللهِ»[1] وَلأَنَّهُ أَحرَزَ نَفسَهُ بِالخُرُوجِ إلينَا مُرَاغِمًا لِمَولاهُ أَو بِالالتِحَاقِ بِمَنَعَةِ المُسلمِينَ، إذَا ظَهرَ عَلى الدَّارِ، وَاعتِبَارُ يَدِهِ أَولى مِن اعتِبَارِ يَدِ المُسلمِينَ؛ لأَنَّهَا أَسبَقُ ثُبُوتًا عَلى نَفسِهِ، فَالحَاجَةُ فِي حَقِّهِ إلى زِيَادَةِ تَوكِيدٍ وَفِي حَقِّهِم إلى إثبَاتِ اليَدِ ابتِدَاءً فَلِهَذَا كَانَ أَولى، وَاللهُ أَعلمُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِذَا أَسْلَمَ عَبْدٌ لِحَرْبِيٍّ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ لِمَا رُوِيَ (أَنَّ عَبِيدًا مِنْ عَبِيدِ الطَّائِفِ أَسْلَمُوا) رُوِيَ " «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا حَاصَرَ الطَّائِفَ قَالَ: أَيُّمَا عَبْدٍ خَرَجَ إلَيْنَا فَهُوَ حُرٌّ فَخَرَجَ سِتَّةُ أَعْبُدٍ أَوْ سَبْعَةٌ مِنْهَا، فَلَمَّا فُتِحَتْ جَاءَ مَوَالِيهِمْ وَتَكَلَّمُوا فِيهِمْ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: هُمْ عُتَقَاءُ اللهِ». وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ أَحْرَزَ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ ثُمَّ خَرَجَ إلَيْنَا. وَقَوْلُهُ (أَوْ بِالالتِحَاقِ) مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ أَوْ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ. وَقِيلَ بِقَوْلِهِ مُرَاغِمًا: أَيْ مُغَاضِبًا وَمُنَابِذًا لأَنَّهُ إذَا خَرَجَ طَائِعًا لِمَوْلاهُ يُبَاعُ فِيهِ وَثَمَنُهُ لِلْحَرْبِيِّ لأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَلَى سَبِيلِ التَّغَلُّبِ فَصَارَ كَمَالِ الْحَرْبِيِّ الَّذِي دَخَلَ بِهِ مُسْتَأْمَنًا إلَى دَارِنَا. وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ المُستَأمَنِ

(وَإِذَا دَخَلَ المُسلمُ دَارَ الحَربِ تَاجِرًا فَلا يَحِلُّ لهُ أَن يَتَعَرَّضَ لِشَيءٍ مِن أَموَالِهِم وَلا مِن دِمَائِهِم)؛ لأَنَّهُ ضَمِنَ أَن لا يَتَعَرَّضَ لهُم بِالاستِئمَانِ، فَالتَّعَرُّضُ بَعدَ ذَلكَ يَكُونُ غَدرًا وَالغَدرُ حَرَامٌ، إلا إذَا غَدَرَ بِهِم مَلِكُهُم فَأَخَذَ أَموَالَهُم أَو حَبَسَهُم أَو فَعَلَ غَيرُهُ بِعِلمِ المَلِكِ وَلَم يَمنَعهُ؛ لأَنَّهُم هُم الذِينَ نَقَضُوا العَهدَ بِخِلافِ الأَسِيرِ؛ لأَنَّهُ غَيرُ مُستَأمَنٍ فَيُبَاحُ لهُ التَّعَرُّضُ، وَإِن أَطلقُوهُ طَوعًا (فَإِن غَدَرَ بِهِم) أَعنِي التَّاجِرُ (فَأَخَذَ شَيئًا وَخَرَجَ بِهِ) (مَلَكَهُ مِلكًا مَحظُورًا) لِوُرُودِ الاستِيلاءِ عَلى مَالٍ مُبَاحٍ، إلا أَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبِ الغَدرِ فَأَوجَبَ ذَلكَ خُبثًا فِيهِ (فَيُؤمَرُ بِالتَّصَدُّقِ بِهِ) وَهَذَا؛ لأَنَّ الحَظرَ لِغَيرِهِ لا يَمنَعُ انعِقَادَ السَّبَبِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ.

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٣٣١)، وانظر نصب الراية (٦٥٧/٣).

الشرح:

(بَابُ الْمُستَأمَنِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ الاسْتِيلاءِ الذي هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ الاقْتِدَارِ عَلَى المَحَلِ قَهْرًا وَغَلَبَةً شَرَعَ فِي بَيَانِ الاسْتِئْمَانِ، لأَنَّ طَلَبَ الأَمَانِ إِنَّمَا يَكُونُ حَيْثُ يَكُونُ فِيهِ قَهْرٌ وَغَلَبَةٌ، وَقَدَّمَ اسْتِئْمَانَ الْمُسْلِمِ تَعْظِيمًا لهُ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ (قَوْلُهُ **وَالْغَدْرُ** حَرَامٌ) دَلِيلُهُ «قَوْلُهُ ﷺ لأَصْحَابِ السَّرَايَا: **وَلا تَغْدرُوا**». وَقَوْلُهُ (بخلاف الأَسِيرِ) يَعْنِي أَنَّ الغَدْرَ لَيْسَ بِحَرَامٍ عَلَيْه، فَإِنَّ **الأُسَرَاءَ إِذَا تَمَكَّنُوا مِنْ قَتْلِ قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ غِيلَةً وَأَخْذِ أَمْوَالِهِمْ وَفَعَلُوا ذَلِكَ وَخَرَجُوا إِلَى دَارِ الإِسْلامِ وَلا مَنَعَةَ لَهُمْ** فَكُلُّ مَنْ أَخَذَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ خَاصَّةً (فَيُبَاحُ لَهُمْ التَّعَرُّضُ وَإِنْ أَطْلَقُوهُمْ طَوْعًا) لأَنَّهُ لَمْ يَسْتَأْمِنْ صَرِيحًا حَتَّى يَكُونَ غَادِرًا بِأَخْذِ أَمْوَالِهِمْ (قَوْلُهُ مَلَكَهُ مِلكًا مَحْظُورًا) أَيْ خَبِيثًا، حَتَّى لَوْ كَانَتْ جَارِيَةً كُرِهَ لِلمُشْتَرِي أَنْ يَطَأَهَا لأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ البَائِعِ، وَوَطْؤُهَا لِلبَائِعِ كَانَ مَكْرُوهًا فَكَذَا الْمُشْتَرِي (قَوْلُهُ وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ مَلَكَهُ مِلكًا مَحْظُورًا: يَعْنِي أَنَّ **مَالَ أَهْلِ الْحَرْبِ** مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ وَالْحَظْرُ لِمَعْنًى فِي غَيْرِهِ وَهُوَ الأَمَانُ فَلا يَمْنَعُ انْعِقَادَ سَبَبِ المِلكِ وَهُوَ الاسْتِيلاءُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) يَعْنِي فِي أَوَائِلِ بَابِ اسْتِيلاءِ الكُفَّارِ بِقَوْلِهِ وَالْمَحْظُورُ لِغَيْرِهِ إِذَا صَلُحَ سَبَبًا لِكَرَامَةٍ تَفُوقُ المِلكَ إِلَخْ.

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسلِمُ دَارَ الحَربِ بِأَمَانٍ فَأَدَانَهُ حَربِيٌّ أَو أَدَانَ هُوَ حَربِيًّا أَو غَصَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ثُمَّ خَرَجَ إِلينَا وَاستَأمَنَ الحَربِيُّ لم يُقضَ لوَاحِدٍ مِنهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيءٍ) أَمَّا الإِدَانَةُ فَلأَنَّ القَضَاءَ يَعتَمِدُ الوِلايَةَ وَلا وِلايَةَ وَقتَ الإِدَانَةِ أَصلا وَلا وَقتَ القَضَاءِ عَلَى المُستَأمَنِ؛ لأَنَّهُ مَا التَزَمَ حُكمَ الإِسلامِ فِيمَا مَضَى مِن أَفعَالِهِ وَإِنَّمَا التَزَمَ ذَلكَ فِي المُستَقبَلِ. وَأَمَّا الغَصبُ فَلأَنَّهُ صَارَ مِلكًا للذِي غَصَبَهُ وَاستَولَى عَلَيهِ لِمُصَادَفَتِهِ مَالا غَيرَ مَعصُومٍ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَكَذَلكَ لو كَانَا حَربِيَّينِ فَعَلا ذَلكَ ثُمَّ خَرَجَا مُستَأمَنَينِ لمَا قُلنَا (وَلو خَرَجَا مُسلمَينِ قُضِيَ بِالدَّينِ بَينَهُمَا وَلم يُقضَ بِالغَصبِ) أَمَّا المُدَايَنَةُ فَلأَنَّهَا وَقَعَت صَحِيحَةً لوُقُوعِهَا بِالتَّرَاضِي، وَالوِلايَةُ ثَابِتَةٌ حَالَةَ القَضَاءِ لالتِزَامِهِمَا الأَحكَامَ بِالإِسلامِ. وَأَمَّا الغَصبُ فَلمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مِلكُهُ وَلا خُبثَ فِي مِلكِ الحَربِيِّ حَتَّى يُؤمَرَ بِالرَّدِّ.

الشرح:

(وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَدَانَهُ حَرْبِيٌّ) أَيْ بَاعَ بِالدَّيْنِ فَإِنَّ الإِدَانَةَ

البَيْعُ بِالدَّيْنِ وَالاسْتِدَانَةُ الابْتِيَاعُ بِالدَّيْنِ قَوْلُهُ وَلا وِلايَةَ وَقْتَ الإِدَانَة أَصْلا) أَيْ لا عَلى المُسْلِمِ وَلا عَلى الحَرْبِيِّ (وَلا وَقْتَ القَضَاءِ عَلى المُسْتَأْمَنِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَإِذَا لَمْ يَقْضِ عَلى الحَرْبِيِّ لَمْ يَقْضِ عَلى المُسْلِمِ أَيْضًا تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَة بَيْنَهُمَا. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا الغَصْبُ فَلأَنَّهُ صَارَ مِلكًا لِلذي غَصَبَهُ) أَيْ سَوَاءٌ كَانَ الغَاصِبُ كَافِرًا فِي دَارِ الحَرْبِ أَوْ مُسْلِمًا مُسْتَأْمَنًا فِيهَا لأَنَّ مَال كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَانَ مُبَاحًا وَقْتَ الغَصْبِ فِي حَقِّه فَمَلَكَهُ بِالغَصْبِ، إلا أَنَّ الغَاصِبَ إِنْ كَانَ هُوَ المُسْلِمُ يُفْتَى بِرَدِّ المَغْصُوبِ عَلى المَالِك وَلا يُقْضَى عَلَيْه، لأَنَّهُ لمَّا دَخَل دَارَهُمْ بِأَمَانٍ التَزَمَ أَنْ لا يَغْدِرَ بِهِمْ، وَفِي أَخْذِ أَمْوَالِهِمْ عَلى هَذَا الوَجْه غَدْرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّا) يَعْنِي فِيمَا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا غَصْبُ الكَافِرِ فَقَدْ ذُكِرَ فِي مَسْأَلةِ الاسْتِيلاءِ بِقَوْله إنَّ الاسْتِيلاءَ وَرَدَ عَلى مَالٍ مُبَاحٍ، وَأَمَّا غَصْبُ المُسْلِمِ فَقَدْ ذَكَرَهُ فِيمَا إذَا دَخَل وَاحِدٌ أَوْ اثْنَان مُغِيرَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا فَإِنَّهُمْ يَمْلكُونَهُ. وَقَوْلُهُ (لمَا قُلنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْلِه مِنْ قَبْلُ إنَّ القَضَاءَ يَعْتَمِدُ الوِلايَةَ إلخْ. وَقَوْلُهُ (وَلوْ خَرَجَا مُسْلمَيْنِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِذَا دَخَل المُسلمُ دَارَ الحَربِ بِأَمَانٍ فَغَصَبَ حَربِيًّا ثُمَّ خَرَجَا مُسلمَينِ أُمِرَ بِردِّ الغَصبِ وَلم يُقضَ عَليهِ) أَمَّا عَدمُ القَضَاءِ فَلمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلكَهُ، وَأَمَّا الأَمرُ بِالرَّدِّ وَمُرَادُهُ الفَتوَى بِهِ فَلأَنَّهُ فَسَدَ المِلكُ لمَا يُقَارِنُهُ مِن المُحرَّمِ وَهُوَ نَقضُ العَهدِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَغَصَبَ حَرْبِيًّا) أَيْ غَصَبَ شَيْئًا مِنْ حَرْبِيٍّ وَلَيْس هَذَا مُنْحَصِرًا فِي خُرُوجِهِمَا مُسْلمَيْنِ، بَل لوْ خَرَجَ المُسْلمُ الغَاصِبُ وَالحَرْبِيُّ مُسْتَأْمَنًا فَالحُكْمُ كَذَلكَ.

(وَإِذَا دَخَل مُسلمَانِ دَارَ الحَربِ بِأَمَانٍ فَقَتَل أَحدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمدًا أَو خَطأً فَعَلى القَاتِل الدِّيَةُ فِي مَالهِ وَعَليهِ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ) أَمَّا الكَفَّارَةُ فَلإِطلاقِ الكِتَابِ، وَأَمَّا الدِّيَةُ فَلأَنَّ العِصمَةَ الثَّابِتَةَ بِالإِحرَازِ بِدَارِ الإِسلامِ لا تَبطُلُ بِعَارِضِ الدُّخُول بِالأَمَانِ، وَإِنَّمَا لا يَجِبُ القِصَاصُ؛ لأَنَّهُ لا يُمكِنُ استِيفَاؤُهُ إلا بِمَنَعَةٍ، وَلا مَنَعَةَ دُونَ الإِمَامِ وَجَمَاعَةِ المُسلمِينَ، وَلم يُوجَد ذَلكَ فِي دَارِ الحَربِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالهِ فِي العَمدِ؛ لأَنَّ العَوَاقِل لا تَعقِلُ العَمدَ؛ وَفِي الخَطَإِ لأَنَّهُ لا قُدرَةَ لهُم عَلى الصِّيَانَةِ مَعَ تَبَايُنِ الدَّارَينِ وَالوُجُوبُ عَليهِم عَلى اعتِبَارِ تَركِهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَعَلى القَاتِل الدِّيَةُ فِي مَاله) يَعْنِي فِي العَمْد وَالخَطَأ، هَكَذَا ذَكَرَهُ مِنْ غَيْرِ خلاف فِي عَامَّة النُّسَخ. وَذَكَرَ الإِمَامُ قَاضِي خَانْ أَنَّ هَذَا الحُكْمَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ ثُمَّ قَال: وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: عَلَيْه القِصَاصُ فِي العَمْد لأَنَّهُ قَتَل شَخْصًا مَعْصُومًا لَيْسَ مِنْ أَهْل دَارِ الحَرْب فَيَجبُ بقَتْله مَا يَجبُ به فِي دَارِ الإِسْلام. وَلأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ تَكْثِيرَ سَوَادهِمْ مِنْ كُل وَجْه بتَوَطُّنه فِيهِمْ كَانَ يُسْقطُ العِصْمَةَ، فَتَكْثِيرُهُ مِنْ وَجْه يُورِثُ الشُّبْهَةَ فَيَسْقُطُ القِصَاصُ. وَقَوْلُهُ (أَمَّا الكَفَّارَةُ فَلإِطْلاق الكِتَاب) يَعْنِي قَوْله تَعَالى: ﴿ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ ﴾ [النساء: ٩٢] (وَأَمَّا الدِّيَةُ فَلأَنَّ **العِصْمَةَ الثَّابتَةَ بالإِحْرَاز بدَار الإِسْلامِ لا تَبْطُلُ بعَارِضِ الدُّخُول بالأَمَان**) لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ عَلَى قَصْد الرُّجُوع كَانَ كَأَنَّهُ فِي دَار الإِسْلام تَقْدِيرًا حَتَّى أَنَّ المُسْتَأْمَنَ مِنْهُمْ لَمَّا كَانَ عَلَى قَصْد الرُّجُوع كَانَ فِي دَار الحَرْب حَتَّى لا يُقْتَل الذِّمِّيُّ بِهِ، وَكَانَ القِيَاسُ وُجُوبَ القِصَاصِ إلا أَنَّهُ لَمْ يَجبْ لمَا ذُكرَ فِي الكِتَاب وَهُوَ وَاضِحٌ.

(وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلمٌ تاجرٌ أسيرًا) فلا شيء على القاتل إلا الكفّارة في الخطإ عند أبي حنيفة، وقالا: (في الأسيرين الدّية في الخطإ والعمد)؛ لأنّ العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيّنّاه، وامتناع القصاص؛ لعدم المنعة ويجب الدّية في ماله لما قلنا. ولأبي حنيفة أنّ بالأسر صار تبعًا لهم؛ لصيرورته مقهورًا في أيديهم، ولهذا يصير مقيمًا بإقامتهم ومسافرًا بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا، وخصّ الخطأ بالكفّارة؛ لأنّه لا كفّارة في العمد عندنا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّا) إشَارَةٌ إلى أَنَّ العِصْمَةَ الثَّابتَةَ بالإِحْرَاز بدَار الإِسْلامِ لا تَبْطُلُ بعَارِضِ الدُّخُول بالأَمَان. وَقَوْلُهُ (لمَا قُلنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله لأَنَّ **العَوَاقل لا تَعْقلُ العَمْدَ.** وَقَوْلُهُ (وَلأَبي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ بالأَسْر صَار تَبَعًا لَهُمْ) يَعْنِي وَأَهْلُ الحَرْب أُصُولٌ وَالأُصُولُ غَيْرُ مَعْصُومِينَ فَكَذَلكَ الأَتْبَاعُ (قَوْلُهُ وَلهَذَا) تَوْضِيحٌ للتَّبَعيَّة. وَقَوْلُهُ (فَيَبْطُلُ به الإِحْرَازُ أَصْلا) أَيْ يَبْطُلُ الإِحْرَازُ بالعِصْمَة المُقَوِّمَة بالكُلِّيَّة (وَصَارَ كَالمُسْلمِ الذي لَمْ يُهَاجرْ إلَيْنَا)

بِجَامِعِ تَبَعِيَّةِ أَهْلِ الدَّارِ بِالتَّوَطُّنِ فَلَمْ تَجِبْ الدِّيَةُ لأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلى تِلكَ العِصْمَةِ، بِخِلافِ الكَفَّارَةِ فَإِنَّهَا تَجِبُ بِالعِصْمَةِ المُؤَثِّمَةِ وَهِيَ بِالإِسْلامِ.

فَصلٌ

قَال: (وَإِذَا دَخَل الحَربِيُّ إلينَا مُستَأمَنًا لم يُمَكَّن أَن يُقِيمَ فِي دَارِنَا سَنَةً وَيَقُولُ لهُ الإِمَامُ: إن أَقَمتَ تَمَامَ السَّنَةِ وَضَعتُ عَليك الجِزيَةَ) وَالأَصلُ أَنَّ الحَربِيَّ لا يُمَكَّنُ مِن إِقَامَةٍ دَائِمَةٍ فِي دَارِنَا إلا بِالاستِرقَاقِ أَو الجِزيَةِ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ عَينًا لهُم وَعَونًا عَلينَا فَتَلتَحِقُ المَضَرَّةُ بِالمُسلمِينَ، وَيُمَكَّنُ مِن الإِقَامَةِ اليَسِيرَةِ؛ لأَنَّ فِي مَنعِهَا قَطعَ المِيرَةِ وَالجَلبِ وَسَدَّ بَابِ التِّجَارَةِ، فَفَصلنَا بَينَهُمَا بِسَنَةٍ؛ لأَنَّهَا مُدَّةٌ تَجِبُ فِيهَا الجِزيَةُ فَتَكُونُ الإِقَامَةُ لِمَصلحَةِ الجِزيَةِ، ثُمَّ إن رَجَعَ بَعدَ مَقَالَةِ الإِمَامِ قَبل تَمَامِ السَّنَةِ إلى وَطَنِهِ فَلا سَبِيل عَليهِ، وَإِذَا مَكَثَ سَنَةً فَهُوَ ذِمِّيٌّ؛ لأَنَّهُ لَمَّا أَقَامَ سَنَةً بَعدَ تَقَدُّمِ الإِمَامِ إليهِ صَارَ مُلتَزِمًا الجِزيَةَ فَيَصِيرُ ذِمِّيًّا، وَلِلإِمَامِ أَن يُؤَقِّتَ فِي ذَلكَ مَا دُونَ السَّنَةِ كَالشَّهرِ وَالشَّهرَينِ (وَإِذَا أَقَامَهَا بَعدَ مَقَالَةِ الإِمَامِ يَصِيرُ ذِمِّيًّا) لِمَا قُلنَا (ثُمَّ لا يُترَكُ أَن يَرجِعَ إلى دَارِ الحَربِ)؛ لأَنَّ عَقدَ الذِّمَّةِ لا يُنقَضُ، كَيفَ وَأَنَّ فِيهِ قَطعَ الجِزيَةِ وَجَعل وَلدِهِ حَربًا عَلينَا وَفِيهِ مَضَرَّةٌ بِالمُسلمِينَ.

الشرح:

(**فَصل**): فصل هَذِهِ المَسَائِل عَمَّا قَبْلهَا لاخْتِلاف أَحْكَامِهَا، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ، وَالعَيْنُ: هُوَ الجَاسُوسُ، وَالعَوْنُ: الظَّهِيرُ عَلى الأَمْرِ وَالجَمْعُ الأَعْوَانُ، وَالمِيرَةُ: الطَّعَامُ يَمْتَارُهُ الإِنْسَانُ مِنْ مَارَ يَمِيرُ، وَالجَلبُ وَالأَجْلابُ الذينَ يَجْلبُونَ الإِبلَ وَالغَنَمَ للبَيْعِ. وَقَوْلُهُ (بَعْدَ تَقَدُّمِ الإِمَامِ) يُقَالُ تَقَدَّمَ إِليْهِ الأَمِيرُ بِكَذَا أَوْ فِي كَذَا إِذَا أَمَرَهُ بِه. وَقَوْلُهُ (وَللإِمَامِ أَنْ يُوَقِّتَ فِي ذَلكَ مَا دُونَ السَّنَة) يَعْنِي أَنَّ تَقْدِيرَ الحَوْل ليْسَ بِلازِمٍ، بَل لوْ قَدَّرَ الإِمَامُ أَقَل مِنْ ذَلكَ عَلى حَسَبِ مَا يَرَاهُ جَازَ لكِنْ إِنْ لمْ يُقَدِّرْ لهُ مُدَّةً فَالمُعْتَبَرُ هُوَ الحَوْلُ (فَإِذَا أَقَامَ بَعْدَ ذَلكَ فِي دَارِنَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا) قَال الإِمَامُ قَاضِي خَانْ: فَإِذَا مَضَتْ سَنَةٌ بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّة المَضْرُوبَة كَانَ عَليْه الخَرَاجُ لأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِمُجَاوَزَة المُدَّة المَضْرُوبَة فَيُعْتَبَرُ الحَوْلُ بَعْدَمَا صَارَ ذِمِّيًّا إلا أَنْ يَكُونَ شَرَطَ عَليْه أَنَّهُ إِذَا جَاوَزَ السَّنَةَ يَأْخُذُ الخَرَاجَ فَحِينَئِذٍ يَأْخُذُ مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (لمَا قُلنَا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْله لأَنَّهُ لمَّا أَقَامَ سَنَةً بَعْدَ تَقَدُّمِ الإِمَامِ صَارَ مُلتَزِمًا للجِزْيَة.

(فَإن دَخَل الحَربِيُّ دَارنَا بِأَمَانٍ وَاشتَرَى أَرضَ خَرَاجٍ فَإِذَا وُضِعَ عَليهِ الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ)؛ لأَنَّ خَرَاجَ الأَرضِ بِمَنزِلَةِ خَرَاجِ الرَّأسِ، فَإِذَا التَزَمَهُ صَارَ مُلتَزِمًا المَقَامَ فِي دَارِنَا، أَمَّا بِمُجَرَّدِ الشِّرَاءِ لا يَصِيرُ ذِمِّيًّا؛ لأَنَّهُ قد يَشتَرِيهَا للتِّجَارَةِ، وَإِذَا لزِمَهُ خَرَاجُ الأَرضِ فَبَعدَ ذَلكَ تَلزَمُهُ الجِزيَةُ لسَنَةٍ مُستَقبلَةٍ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِلُزُومِ الخَرَاجِ فَتُعتَبَرُ المُدَّةُ مِن وَقتِ وُجُوبِهِ. وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ فَإِذَا وُضِعَ عَلَيهِ الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ تَصرِيحٌ بِشَرطِ الوَضعِ فَيَتَخَرَّجُ عَليهِ أَحكَامٌ جَمَّةٌ فَلا تَغفُل عَنهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْه الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ) قَال فِي النِّهَايَة: وَكَذَلكَ لوْ لزِمَهُ عَشْرٌ فِي قِيَاسِ قَوْل مُحَمَّدٍ بِأَنْ اشْتَرَى أَرْضًا عُشْرِيَّةً لأَنَّهُمَا جَمِيعًا مِنْ مُؤَنِ الأَرْضِ (لأَنَّ خَرَاجَ الأَرْضِ بِمَنْزِلَة خَرَاجِ الرَّأْسِ) إذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ أَحْكَامِ دَارِنَا، فَلمَّا رَضِيَ بِوُجُوبِ الخَرَاجِ عَلَيْه رَضِيَ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْل دَارِنَا، وَقَوْلُهُ (فَتُعْتَبَرُ المُدَّةُ مِنْ وَقْت وُجُوبِه) أَيْ وُجُوبِ الخَرَاجِ (وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ) أَيْ فِي الجَامعِ الصَّغِيرِ (فَإِذَا وُضِعَ عَلَيْه الخَرَاجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ تَصْرِيحٌ مِنْ مُحَمَّدٍ بِشَرْط الوَضْعِ) أَيْ بِأَنَّ وَضْعَ الخَرَاجِ عَلَيْه شَرْطٌ فِي جَعْله ذِمِّيًّا، وَالمُرَادُ مِنْ وَضْعِ الخَرَاجِ التِزَامُ خَرَاجِ أَرْضٍ بِمُبَاشَرَة سَبَبِه وَهُوَ الزِّرَاعَةُ أَوْ تَعْطِيلُهَا عَنْهَا مَعَ التَّمَكُّنِ، وَدَلتْ المَسْأَلةُ عَلى أَنَّهُ لا يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِمُجَرَّد الشِّرَاء.

وَمِنْ المَشَايِخِ مَنْ قَال: يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِنَفْسِ الشِّرَاء، لأَنَّهُ لمَّا اشْتَرَى أَرْضَ خَرَاجٍ وَحَكَمَ الشَّرْعُ فِيهَا بِوُجُوبِ الخَرَاجِ صَارَ مُلتَزِمًا حُكْمًا مِنْ أَحْكَامِ الإِسْلامِ، كَذَا ذَكَرَهُ قَاضِي خَانْ وَليْسَ بِصَحِيحٍ لمَا أَشَارَ إليْه المُصَنِّفُ مِنْ قَوْله لأَنَّهُ قَدْ يَشْتَرِيهَا للتِّجَارَة. وَقَوْلُهُ (فَيَتَخَرَّجُ عَليْه) أَيْ عَلى أَنَّ الوَضْعَ شَرْطٌ (أَحْكَامٌ جَمَّةٌ فَلا تَغْفُل عَنْهُ) أَيْ عَنْ شَرْطِ الوَضْعِ وَهِيَ المَنْعُ مِنْ الخُرُوجِ إلى دَارِ الحَرْبِ وَجَرَيَانُ القِصَاصِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُسْلمِ وَوُجُوبُ الضَّمَانِ فِي إتْلافِ خَمْرِهِ وَخِنْزِيرِهِ وَوُجُوبُ الدِّيَة بِقَتْله خَطَأً، وَهَذِه الأَحْكَامُ إنَّمَا تَثْبُتُ بَعْدَ كَوْنه ذِمِّيًّا لا قَبْلهُ، وَبِوَضْعِ الخَرَاجِ يَصِيرُ ذِمِّيًّا فَلذَلكَ يَجِبُ أَنْ لا يُغْفَل عَنْ شَرْط الوَضْعِ.

(وَإِذَا دَخَلت حَربِيَّةٌ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَت ذِمِّيًّا صَارَت ذِمِّيَّةً)؛ لأَنَّهَا التَزَمَت المُقَامَ تَبَعًا للزَّوجِ (وَإِذَا دَخَل حَربِيٌّ بِأَمَانٍ فَتَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً لم يَصِر ذِمِّيًّا)؛ لأَنَّهُ يُمكِنُهُ أَن يُطلِّقَهَا فَيَرجِعُ إلى بَلدِهِ فَلم يَكُن مُلتَزِمًا المُقَامَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا دَخَلَتْ حَرْبِيَّةٌ بِأَمَانٍ) ظَاهِرٌ، وَكَذَا عَكْسُهُ.

(وَلو أَنَّ حَربِيًّا دَخَل دَارَنَا بِأَمَانٍ ثُمَّ عَادَ إِلى دَارِ الحَربِ وَتَرَكَ وَدِيعَةً عِندَ مُسلمٍ أَو ذِمِّيٍّ أَو دَينًا فِي ذِمَّتِهِم فَقَد صَارَ دَمُهُ مُبَاحًا بِالعَودِ)؛ لأَنَّهُ أَبطَلَ أَمَانَهُ (وَمَا فِي دَارِ الإِسلامِ مِن مَالِهِ عَلَى خَطَرٍ، فَإِن أُسِرَ أَو ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ فَقُتِل سَقَطَت دُيُونُهُ وَصَارَت الوَدِيعَةُ فَيئًا) أَمَّا الوَدِيعَةُ فَلأَنَّهَا فِي يَدِهِ تَقدِيرًا؛ لأَنَّ يَدَ المُودَعِ كَيَدِهِ فَيَصِيرُ فَيئًا تَبَعًا لِنَفسِهِ، وَأَمَّا الدَّينُ فَلأَنَّ إِثبَاتَ اليَدِ عَلَيهِ بِوَاسِطَةِ المُطَالبَةِ وَقَد سَقَطَت، وَيَدُ مَن عَلَيهِ أَسبَقُ إِليهِ مِن يَدِ العَامَّةِ فَيَختَصُّ بِهِ فَيَسقُطُ (وَإِن قُتِل وَلَم يُظهَر عَلَى الدَّارِ فَالقَرضُ الوَدِيعَةُ لِوَرَثَتِهِ) وَكَذَلكَ إِذَا مَاتَ؛ لأَنَّ نَفسَهُ لم تَصِر مَغنُومَةً فَكَذَلكَ مَالُهُ، وَهَذَا لأَنَّ حُكمَ الأَمَانِ بَاقٍ فِي مَالِهِ فَيُرَدُّ عَلَيهِ أَو عَلَى وَرَثَتِهِ مِن بَعدِهِ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ (وَلوْ أَنَّ حَرْبِيًّا دَخَل دَارَنَا بِأَمَانٍ) خَلا أَنَّ قَوْلَهُ لأَنَّ يَدَ المُودِعِ كَيَدِه مَنْقُوضٌ بِمَا إِذَا أَسْلَمَ الحَرْبِيُّ فِي دَارِ الإِسْلامِ وَلَهُ وَدِيعَةٌ عِنْدَ مُسْلِمٍ فِي دَارِ الحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ فَإِنَّهَا تَكُونُ فَيْئًا فَلَمْ تَكُنْ يَدُ المُودَعِ كَيَدِ المُودِعِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ يَدَ المُودَعِ كَيَدِ المُودِعِ إِذَا اتَّفَقَا عِصْمَةً وَقْتَ الإِيدَاعِ، وَفِي صُورَةِ النَّقْضِ لَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّ دَارَ الحَرْبِ لَيْسَتْ دَارَ عِصْمَةٍ.

قَالَ: (وَمَا أَوجَفَ المُسلمُونَ عَلَيهِ مِن أَموَال أَهل الحَربِ بِغَيرِ قِتَالٍ يُصرَفُ فِي مَصَالحِ المُسلمِينَ كَمَا يُصرَفُ الخَرَاجُ) قَالُوا: هُوَ مِثلُ الأَرَاضِي التِي أَجلوا أَهلهَا عَنهَا وَالجِزيَةِ وَلا خُمُسَ فِي ذَلكَ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: فِيهِمَا الخُمُسُ اعتِبَارًا بِالغَنِيمَةِ. وَلنَا مَا رُوِيَ "أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَخَذَ الجِزيَةَ"[1] وَكَذَا عُمَرُ وَمُعَاذٌ، وَوُضِعَ فِي بَيتِ المَال وَلم يُخَمَّس وَلأَنَّهُ مَالٌ مَأخُوذٌ بِقُوَّةِ المُسلمِينَ مِن غَيرِ قِتَالٍ، بِخِلافِ الغَنِيمَةِ؛ لأَنَّهُ مَملُوكٌ بِمُبَاشَرَةِ الغَانِمِينَ وَبِقُوَّةِ المُسلمِينَ فَاستَحَقَّ الخُمُسَ بِمَعنًى وَاستَحَقَّهُ الغَانِمُونَ بِمَعنًى، وَفِي هَذَا السَّبَبِ وَاحِدٌ، وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ فَلا مَعنَى لإِيجَابِ الخُمُسِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٦١)، وانظر نصب الراية (٣/٦٦٠).

الشرح:

قَال (وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْه) يُقَالُ وَجَفَ الفَرَسُ أَوْ البَعِيرُ غَدَا وَجِيفًا وَأَوْجَفَهُ صَاحِبُهُ إيجَافًا. وَقَوْلُهُ (وَمَا أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْه) أَيْ أَعْمَلُوا خَيْلَهُمْ وَرِكَابَهُمْ فِي تَحْصِيلِه. وَالجَلاءُ بالفَتْح وَالمَدِّ الخُرُوجُ عَنْ الوَطَنِ أَوْ الإخْرَاجُ، يُقَالُ جَلا السُّلْطَانُ القَوْل عَلى أَوْطَانِهِمْ وَأَجْلاهُمْ فَجَلَوْا: أَيْ أَخْرَجَهُمْ فَخَرَجُوا، كِلاهُمَا يَتَعَدَّى وَلا يَتَعَدَّى. وَقَوْلُهُ (وَالجِزْيَة) بالجَرِّ عَطْفٌ عَلى قَوْله الأَرَاضِي أَيْ هُوَ مِثْلُ الأَرَاضِي التِي أَجْلوْا عَنْهَا أَهْلَهَا وَمِثْلُ الجِزْيَةِ. وَقَوْلُهُ (وَقَال الشَّافِعِيُّ ﷺ فِيهِمَا) أَيْ فِي الأَرَاضِي التِي أَجْلوْا عَنْهَا أَهْلَهَا وَفِي الجِزْيَة.

وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: فِيهَا أَيْ فِي الأَرَاضِي وَالجِزْيَةِ وَالخَرَاجِ (قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ) أَيْ وَلأَنَّ **مَا أَوْجَفَ عَلَيْه الْمُسْلِمُونَ مِنْ المَال.** وَقَوْلُهُ (مِنْ غَيْرِ قِتَال) يَعْنِي بَل بِوُقُوعِ الرُّعْبِ فِي قُلُوبِ الكُفَّارِ مِنْ قُوَّةِ الْمُسْلمِينَ (بخِلاف الغَنِيمَة لأَنَّهُ) أَيْ الغَنِيمَةَ بتَأْوِيل المَغْنُومِ (مَمْلُوكٌ) بِسَبَبَيْنِ وَهُمَا مُبَاشَرَةُ الغَانمِينَ وَقُوَّةُ الْمُسْلمِينَ (فَاسْتَحَقَّ الخُمُسَ بِمَعْنًى) وَهُوَ الرُّعْبُ (وَاسْتَحَقَّ الغَانمُونَ البَاقِيَ بِمَعْنًى) وَهُوَ مُبَاشَرَةُ الغَانمِينَ القِتَال (وَفِي هَذَا) أَيْ فِيمَا أَوْجَفَ الْمُسْلمُونَ عَلَيْه (السَّبَبُ وَاحِدٌ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلهُ أَنَّهُ مَالٌ مَأْخُوذٌ بِقُوَّةِ الْمُسْلمِينَ فَلا مَعْنَى لإيجَابِ الخُمُسِ.

(وَإِذَا دَخَل الحَرِبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَلَهُ امرَأَةٌ فِي دَارِ الحَرْبِ وَأَولادٌ صِغَارٌ وَكِبَارٌ وَمَالٌ أَودعَ بَعضَهُ ذِمِّيًّا وَبَعضَهُ حَرِبِيًّا وَبَعضَهُ مُسلمًا فَأَسلمَ هَاهُنَا ثُمَّ ظَهرَ عَلى الدَّارِ فَذَلكَ كُلُّهُ فَيءٌ) أَمَّا المَرَأَةُ وَأَولادُهُ الكِبَارُ فَظَاهِرٌ؛ لأَنَّهُم حَربِيُّونَ كِبَارٌ وَليسُوا بِأَتبَاعٍ، وَكَذَلكَ مَا فِي بَطنِهَا لو كَانَت حَامِلا لمَا قُلنَا مِن قَبلُ. وَأَمَّا أَولادُهُ الصِّغَارُ فَلأَنَّ الصَّغِيرَ إنَّمَا يَصِيرُ مُسلمًا تَبَعًا لإسلامِ أَبِيهِ إذَا كَانَ فِي يَدِهِ وَتَحتَ وِلايَتِهِ، وَمَعَ تَبَايُنِ الدَّارَينِ لا يَتَحقَّقُ ذَلك، وَكَذَا أَموَالُهُ لا تَصِيرُ مُحرَزَةً بِإحرَازِهِ نَفسَهُ لاختِلافِ الدَّارَينِ فَبَقِيَ الكُلُّ فَيئًا وَغَنِيمَةً (وَإِن أَسلمَ فِي دَارِ الحَربِ ثُمَّ جَاءَ فَظَهرَ عَلى الدَّارِ فَأَولادُهُ الصِّغَارُ أَحرَارٌ مُسلمُونَ) تَبَعًا لأَبِيهِم؛ لأَنَّهُم كَانُوا تَحتَ وِلايَتِهِ حِينَ أَسلمَ إذ الدَّارُ وَاحِدَةٌ (وَمَا كَانَ مِن مَالٍ أَودعَهُ مُسلمًا أَو ذِمِّيًّا فَهُوَ لهُ)؛ لأَنَّهُ فِي يَدٍ مُحتَرَمَةٍ وَيَدُهُ كَيَدِهِ (وَمَا سِوَى ذَلك فَيءٌ) أَمَّا المَرَأَةُ وَأَولادُهُ الكِبَارُ فَلمَا قُلنَا. وَأَمَّا المَالُ الذِي فِي يَدِ الحَربِي؛ فَلأَنَّهُ لم يَصِر مَعصُومًا؛ لأَنَّ يَدَ الحَربِيِّ لَيسَت يَدًا مُحتَرَمَةً.

الشرح:

(قَوْلُهُ لَمَا قُلنَا مِنْ قَبْلُ) أيْ فِي بَابِ الغَنَائِمِ وَقِسْمَتِهَا وَهُوَ قَوْلُهُ وَزَوْجَتُهُ فَيْءٌ لأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَرْبِيَّةٌ إلخْ. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا أَوْلادُهُ الصِّغَارُ) ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَمَا كَانَ مِنْ مَالٍ أَوْدَعَهُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا) إِنَّمَا قَيَّدَ بِالإِيدَاعِ لأَنَّهُ إِذَا كَانَ غَصْبًا فِي أَيْدِيهِمَا يَكُونُ فَيْئًا لِعَدَمِ النِّيَابَةِ (قَوْلُهُ فَلِمَا قُلنَا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ حَرْبِيُّونَ كِبَارٌ وَلَيْسُوا بِأَتْبَاعٍ.

(وَإِذَا أَسلمَ الحَربِيُّ فِي دَارِ الحَربِ فَقَتَلَهُ مُسلمٌ عَمدًا أَو خَطَأً وَلَهُ وَرَثَةٌ مُسلمُونَ هُنَاكَ فَلا شَيءَ عَليهِ إلا الكَفَّارَةُ فِي الخطَأِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي الخطَإِ وَالقِصَاصُ فِي العَمدِ؛ لأَنَّهُ أَرَاقَ دَمًا مَعصُومًا (لوُجُودِ العَاصِمِ وَهُوَ الإِسلامُ) لكَونِهِ مُستَجلبًا للكَرَامَةِ، وَهَذَا؛ لأَنَّ العِصمَةَ أَصلُهَا المُؤثِمَةُ؛ لحُصُول أَصل الزَّجرِ بِهَا وَهِيَ ثَابِتَةٌ إجمَاعًا، وَالمُقَوِّمَةُ كَمَالٌ فِيهِ لكَمَال الامتِنَاعِ بِهِ فَيَكُونُ وَصفًا فِيهِ فَتَتَعَلقُ بِمَا عُلقَ بِهِ الأَصلُ. وَلنَا قَولهُ تَعَالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ **[النساء: ٩٢] الآيَةَ. جَعَل التَّحرِيرَ كُل المُوجِبِ رُجُوعًا إلى حَرفِ الفَاءِ أَو إلى كَونِهِ كُل المَذكُورِ فَيَنتَفِي غَيرُهُ، وَلأَنَّ العِصمَةَ المُؤثِمَةَ بِالآدَمِيَّةِ لأَنَّ الآدَمِيَّ خُلقَ مُتَحَمِّلا أَعبَاءَ التَّكليفِ، وَالقِيَامَ بِهَا بِحُرمَةِ التَّعَرُّضِ، وَالأَموَالُ تَابِعَةٌ لهَا. أَمَّا المُقَوِّمَةُ فَالأَصلُ فِيهَا الأَموَالُ؛ لأَنَّ التَّقَوُّمَ يُؤذِنُ بِجَبرِ الفَائِتِ وَذَلكَ فِي الأَموَال دُونَ النُّفُوسِ؛ لأَنَّ مِن شَرطِهِ التَّمَاثُل، وَهُوَ فِي المَال دُونَ النَّفسِ فَكَانَت النُّفُوسُ تَابِعَةً، ثُمَّ العِصمَةُ المُقَوِّمَةُ فِي الأَموَال بِالإِحرَازِ بِالدَّارِ؛ لأَنَّ العِزَّةَ بِالمَنَعَةِ فَكَذَلكَ فِي النُّفُوسِ إلا أَنَّ الشَّرعَ أَسقَطَ اعتِبَارَ مَنَعَةِ الكَفَرَةِ؛ لمَا أَنَّهُ أَوجَبَ إبطَالهَا. وَالمُرتَدُّ وَالمُستَأمَنُ فِي دَارِنَا مِن أَهل دَارِهِم حُكمًا لقَصدِهِمَا الانتِقَال إليهَا.**

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا أَسْلَمَ الحَرْبِيُّ فِي دَارِ الحَرْبِ فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَهُ وَرَثَةٌ مُسْلِمُونَ هُنَاكَ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ إلا الكَفَّارَةَ فِي الخَطَإِ. وَقَالَ الإِمَامُ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: تَجبُ الدِّيَةُ فِي الخَطَأِ وَالقِصَاصُ فِي العَمْدِ لأَنَّهُ أَرَاقَ دَمًا مَعْصُومًا لوُجُودِ العَاصِمِ وَهُوَ الإِسْلامُ لِكَوْنِهِ مُسْتَجْلِبًا لِلكَرَامَةِ) وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ العِصْمَةَ تَثْبُتُ نِعْمَةً وَكَرَامَةً فَتُعَلقَ بِمَا لهُ أَثَرٌ فِي اسْتِحْقَاقِ الكَرَامَةِ وَهُوَ الإِسْلامُ إِذْ بِهِ تَحْصُلُ السَّعَادَةُ الأَبَدِيَّةُ لا بِالدَّارِ

التي هِيَ جَمَادٌ لا أَثَرَ لَهَا فِي اسْتِحْقَاقِ الكَرَامَةِ، **وَمَنْ أَرَاقَ دَمًا مَعْصُومًا** إنْ كَانَ خَطَأً فَفِيهِ الدِّيَةُ وَالكَفَّارَةُ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِيهِ القِصَاصُ كَمَا لوْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي دَارِ الإِسْلَامِ (وَهَذَا) أَيْ وُجُوبُ الدِّيَةِ فِي الخَطَأِ، وَالقِصَاصُ فِي العَمْدِ إِنَّمَا كَانَ مَبْنِيًّا عَلى وُجُودِ العَاصِمِ الذي هُوَ الإِسْلَامُ (لأَنَّ العِصْمَةَ أَصْلُهَا المُؤَثِّمَةُ لِحُصُولِ أَصْلِ الزَّجْرِ بِهَا) فَإِنَّ مَنْ عَلِمَ أَنَّهُ يَأْثَمُ بِقَتْلٍ يَنْزَجِرُ عَنْهُ نَظَرًا إلى الجِبلةِ السَّلِيمَةِ عَنْ المَيْلِ عَنْ الاعْتِدَالِ (وَهِيَ ثَابِتَةٌ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ (إِجْمَاعًا) فَإِنَّهُ لا قَائِلَ بِعَدَمِ الإِثْمِ عَلى مَنْ قَتَلَ مُسْلِمًا فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ (وَالعِصْمَةُ المُقَوِّمَةُ كَمَالٌ فِيهِ) أَيْ فِي أَصْلِ العِصْمَةِ لأَنَّهُ إِذَا وَجَبَ الإِثْمُ وَالمَالُ كَانَ ذَلِكَ أَكْمَلَ وَأَتَمَّ فِي المَنْعِ مِنْ الذي وَجَبَ فِيهِ الإِثْمُ دُونَ المَالِ، فَكَانَتْ العِصْمَةُ المُقَوِّمَةُ وَصْفًا زَائِدًا عَلى العِصْمَةِ التي هِيَ المُؤَثِّمَةُ (فَتُعَلِّقُ بِمَا تَعَلَّقَ بِهِ الأَصْلُ) وَهُوَ العِصْمَةُ المُؤَثِّمَةُ وَالعِصْمَةُ المُؤَثِّمَةُ تَعَلَّقَتْ بِالإِسْلَامِ، فَالعِصْمَةُ المُقَوِّمَةُ كَذَلِكَ، فَتَجِبُ الدِّيَةُ وَالكَفَّارَةُ فِي **قَتْلِ الحَرْبِيِّ الذي أَسْلَمَ فِي دَارِ الحَرْبِ وَلَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا** (وَلَنَا قَوْلُه تَعَالى: ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء: ٩٢]) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ يُؤَوِّلُ هَذِهِ الآيَةَ بِالَّذِينَ أَسْلَمُوا فِي دَارِ الحَرْبِ وَلَمْ يُهَاجِرُوا، وَهُوَ المَنْقُولُ عَنْ بَعْضِ أَئِمَّةِ التَّفْسِيرِ أَيْضًا. وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ بِالآيَةِ أَنَّ اللهَ تَعَالى مَيَّزَ بَيْنَ المُؤْمِنِ الذي فِي دَارِ الإِسْلَامِ وَبَيْنَ المُؤْمِنِ الذي هُوَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لنَا فِي حَقِّ الحُكْمِ المُخْتَصِّ بِالقَتْلِ، فَجَعَلَ الحُكْمَ فِي الأَوَّلِ الدِّيَةَ وَالكَفَّارَةَ بِقَوْلِه تَعَالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ [النساء: ٩٢] وَفِي الثَّانِي الكَفَّارَةُ دُونَ الدِّيَةِ وَذَلِكَ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ ذُكِرَ بِحَرْفِ الفَاءِ فَإِنَّهُ لِلجَزَاءِ وَالجَزَاءُ اسْمٌ لِمَا يَكُونُ كَافِيًا، فَإِذَا كَانَ كَافِيًا كَانَ كُلُّ المُوجِبِ ضَرُورَةً. وَالثَّانِي أَنَّهُ كُلُّ المَذْكُورِ حَيْثُ لَمْ يَذْكُرْ غَيْرَهُ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي انْتِفَاءَ غَيْرِه لأَنَّ قَصْدَ الشَّارِعِ فِي مِثْلِه إِخْرَاجُ العَبْدِ عَنْ عُهْدَةِ الحُكْمِ المُتَعَلِّقِ بِالحَادِثَةِ وَلا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إلا بِبَيَانِ كُلِّ الحُكْمِ بِلا إِخْلَالٍ، فَلَوْ كَانَ غَيْرُهُ مِنْ تَتِمَّةِ هَذَا الحُكْمِ لَذَكَرَهُ فِي مَوْضِعِ البَيَانِ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ العِصْمَةَ المُؤَثِّمَةَ بِالآدَمِيَّةِ) دَلِيلٌ مَعْقُولٌ عَلى عَدَمِ **العِصْمَةِ المُقَوِّمَةِ المُوجِبَةِ لِلدِّيَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ** وَمُشْتَمِلٌ عَلى بَيَانِ أَنَّ العِصْمَةَ المُقَوِّمَةَ لَيْسَتْ بِوَصْفِ كَمَالٍ فِي العِصْمَةِ المُؤَثِّمَةِ فَتَكُونُ تَابِعَةً لَهَا. وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّ العِصْمَةَ المُؤَثِّمَةَ بِالآدَمِيَّةِ (لأَنَّ

الآدَميَّ خُلقَ مُتَحمِّلا أَعْبَاءَ التَّكَاليف) أَيْ أَثْقَالهَا، وَمَنْ خُلقَ لشَيْءٍ وَجَبَ عَلَيْه القيَامُ به فَالآدَميُّ وَجَبَ عَلَيْه القيَامُ بأَعْبَاء التَّكَاليف (وَالقيَامُ بهَا بحُرْمَة التَّعَرُّض) أَيْ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ لهُ القيَامُ بهَا إذَا كَانَ حَرَامَ التَّعَرُّض، فَالآدَميُّ وَجَبَ عَلَيْه أَنْ يَكُونَ حَرَامَ التَّعَرُّض مُطْلَقًا، إلا أَنَّ اللهَ تَعَالى أَبْطَلَ ذَلكَ في الكَافر بعَارض الكُفْر، فَإذَا زَال الكُفْرُ بالإسْلام عَادَ إلى الأَصْل (وَالأَمْوَالُ تَابعَةٌ لَهَا) أَيْ للآدَميَّة التي تَثْبُتُ العصْمَةُ المُؤَثِّمَةُ لَها لأَنَّها خُلقَتْ في الأَصْل مُبَاحَةً، وَإنَّمَا صَارَتْ مَعْصُومَةً لتَمَكُّن الآدَميِّ منَ الانْتفَاع بهَا في حَاجَته فَكَانَتْ تَابعَةً للآدَميَّة (أَمَّا العصْمَةُ المُقَوِّمَةُ فَالأَصْلُ فيهَا الأَمْوَالُ لأَنَّ التَّقَوُّمَ يُؤْذنُ بجَبْر الفَائت) لأَنَّ المُتَقَوِّمَ هُوَ الشَّيْءُ الذي يَكُونُ وَاجبَ الإبْقَاء وَالدَّوَام بالمثْل أَوْ القيمَة (وَذَلكَ) أَيْ جَبْرُ الفَائت (في الأَمْوَال دُونَ النُّفُوس) لأَنَّهُ إنَّمَا يَحْصُلُ بالمثْل صُورَةً وَمَعْنًى أَوْ مَعْنًى فَقَطْ، وَلا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ النُّفُوس وَمَا يُجْبَرُ به لا صُورَةً وَلا مَعْنًى عَلى مَا عُرفَ في الأُصُول (فَكَانَتْ النُّفُوسُ تَابعَةً) للأَمْوَال في العصْمَة.

وَمنْ هَذَا عُلمَ أَنَّ **العصْمَةَ المُؤَثِّمَةَ أَصْلٌ مُسْتَقلٌّ في شَيْءٍ وَالعصْمَةُ المُقَوِّمَةُ أَصْلٌ مُسْتَقلٌّ في شَيْءٍ آخَرَ** وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بكَمَالٍ في الآخَر وَلا وَصْفٍ زَائدٍ عَلَيْه، ثُمَّ العصْمَةُ المُقَوِّمَةُ في الأَمْوَال بالإحْرَاز بالدَّار لأَنَّها عزَّةٌ وَالعزَّةُ بالمَنَعَة، فَالعصْمَةُ المُقَوِّمَةُ في الأَمْوَال بالمَنَعَة وَالدَّارُ إنَّمَا تَكُونُ بالمَنَعَة فَلهَذَا تَعَرَّضَ لذكْرهَا، وَإذَا كَانَتْ العصْمَةُ المُقَوِّمَةُ في الأَمْوَال بالمَنَعَة فَكَذَلكَ في النُّفُوس لأَنَّها تَابعَةٌ لَهَا لمَا ذَكَرْنَا، لكنْ لا مَنَعَةَ لدَار الحَرْب لأَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتبَارَ مَنَعَة الكُفْر لمَا أَنَّهُ أَوْجَبَ إبْطَالهَا، وَإذَا لمْ يَكُنْ مَنَعَةٌ لا يُوجَدُ الإحْرَازُ، وَإذَا لمْ يُوجَدْ الإحْرَازُ لا تُوجَدُ العصْمَةُ المُقَوِّمَةُ، وَإذَا لمْ تُوجَدْ العصْمَةُ المُقَوِّمَةُ لا تَجبُ الدِّيَةُ، وَهَذَا في غَايَة التَّحْقيق، خَلا أَنَّهُ تَوَهَّمَ أَنْ لا يَمْلكُوا أَمْوَالَنَا بالإحْرَاز إلى الدَّار كَمَا قَال به الإمَامُ الشَّافعيُّ رَضيَ اللهُ عَنْهُ. وَدَفَعَهُ بأَنَّ مَعْنَى قَوْلنَا إنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتبَارَ مَنَعَتهمْ حَال كَوْنهمْ في دَارهمْ، وَأَمَّا إذَا وَقَعَ خُرُوجُهُمْ إلى دَارنَا وَأَحْرَزُوا أَمْوَالنَا باليَد الحَافظَة وَالنَّاقلة فَقَدْ اسْتَوْلَوْا عَلى مَال مُبَاحٍ كَمَا مَرَّ، وَذَلكَ يُوجبُ الملكَ لا مَحَالَةَ. وَقَوْلُهُ (وَالمُرْتَدُّ وَالمُسْتَأْمَنُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إنَّهُمَا مُحْرَزَان بدَار الإسْلام ذَاتًا فَيَجبُ أَنْ يَتَقَوَّمَا وَلمْ يَتَقَوَّمَا حَتَّى لا تَجبُ الدِّيَةُ بقَتْلهمَا وَكَوْنُ المُسْتَأْمَن منْ أَهْل دَارهمْ حُكْمًا لقَصْده الانْتقَال ظَاهرٌ، وَأَمَّا المُرْتَدُّ فَكَذَلكَ لأَنَّهُ يَقْصدُهُ هَرَبًا منْ القَتْل.

(وَمَن قَتَل مُسلمًا خَطَأً لا وَليّ لهُ أَو قَتَل حَربِيًّا دَخَل إلينَا بِأَمَانٍ فَأَسلمَ فَالدِّيَةُ عَلى عَاقِلتِهِ للإمَامِ وَعَليهِ الكَفَّارَةُ)؛ لأنَّهُ قَتَل نَفسًا مَعصُومَةً خَطَأً فَتُعتَبَرُ بِسَائِرِ النُّفُوسِ المَعصُومَةِ، وَمَعنَى قَولِهِ للإمَامِ أنّ حقّ الأخذِ لهُ؛ لأنَّهُ لا وَارِثَ لهُ (وَإن كَانَ عَمدًا فَإن شَاءَ الإمَامُ قَتَلهُ، وَإن شَاءَ أخَذَ الدِّيَةَ)؛ لأنَّ النَّفسَ مَعصُومَةٌ، وَالقَتل عَمدٌ، وَالوَليّ مَعلُومٌ وَهُوَ العَامَّةُ أَو السُّلطَانُ. قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «السُّلطَانُ وَليُّ مَن لا وَليَّ لهُ» وَقَولُهُ وَإن شَاءَ أخَذَ الدِّيَةَ مَعنَاهُ بِطَرِيقِ الصُّلحِ؛ لأنَّ مُوجِبَ العَمدِ وَهُوَ القَوَدُ عَينًا، وَهَذَا؛ لأنَّ الدِّيَةَ أَنفَعُ فِي هَذِهِ المَسأَلةِ مِن القَوَدِ فَلهَذَا كَانَ لهُ وِلايَةُ الصُّلحِ عَلى المَال (وَليسَ لهُ أن يَعفُوَ)؛ لأنَّ الحَقّ للعَامَّةِ وَوِلايَتُهُ نَظَرِيَّةٌ وَليسَ مِن النَّظَرِ إسقَاطُ حَقِّهِم مِن غَيرِ عِوَضٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ قَتَل مُسْلمًا خَطَأً إلخْ) وَاضِحٌ. وَاعْتُرِضَ عَلى قَوْله وَهُوَ العَامَّةُ أَوْ السُّلطَانُ بِأَنَّ التَّرَدُّدَ فِيمَنْ لهُ وِلايَةُ القِصَاصِ يُوجِبُ سُقُوطَهُ كَمَا فِي المُكَاتَبِ إذَا قَتل عَنْ وَفَاءٍ وَلهُ وَارِثٌ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الإمَامَ هَاهُنَا نَائِبٌ عَنْ العَامَّةِ فَصَارَ كَأَنَّ الوَليَّ وَاحِدٌ، بِخِلافِ مَسْأَلةِ الكِتَابِ.

بَابُ العُشرِ وَالخَرَاجِ

قَال: (أَرضُ العَرَبِ كُلُّهَا أَرضُ عُشرٍ، وَهِيَ مَا بَينَ العُذَيبِ إلى أَقصَى حَجَرٍ بِاليَمَنِ بِمَهرَةَ إلى حَدّ الشَّامِ وَالسَّوَادُ أَرضُ خَرَاجٍ، وَهُوَ مَا بَينَ العُذَيبِ إلى عَقَبَةِ حُلوَانَ، وَمِن الثَّعلبِيَّةِ وَيُقَالُ مِن العَلثِ إلى عَبَّادَانَ)؛ لأنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَالخُلفَاءَ الرَّاشِدِينَ لم يَأخُذُوا الخَرَاجَ مِن أَرَاضِي العَرَبِ[1]، وَلأنَّهُ بِمَنزِلةِ الفَيءِ فَلا يَثبُتُ فِي أَرَاضِيهِم كَمَا لا يَثبُتُ فِي رِقَابِهِم، وَهَذَا؛ لأنَّ وَضعَ الخَرَاجِ مِن شَرطِهِ أَن يُقَرَّ أَهلُهَا عَلى الكُفرِ كَمَا فِي سَوَادِ العِرَاقِ وَمُشرِكُو العَرَبِ لا يُقبَلُ مِنهُم إلا الإسلامُ أَو السَّيفُ، وَعُمَرُ حِينَ فَتَحَ السَّوَادَ وَضَعَ الخَرَاجَ عَليهَا بِمَحضَرٍ مِن الصَّحَابَةِ، وَوَضَعَ عَلى مِصرَ حِينَ افتَتَحَهَا عَمرُو بنُ العَاصِ، وَكَذَا اجتَمَعَت الصَّحَابَةُ عَلى وَضعِ الخَرَاجِ عَلى الشَّامِ.

---

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال (١/٥٧)، وانظر نصب الراية (٣/٦٦١).

الشرح:

(**بَابُ العُشرِ وَالخَرَاجِ**): لَمَّا ذَكَرَ مَا يَصِيرُ بِهِ الحَرْبِيُّ ذِمِّيًّا شَرَعَ فِي بَيَانِ **الخَرَاجِ الذي يَجِبُ عَلَيْهِ**، وَذَكَرَ العُشْرَ اسْتِطْرَادًا لأَنَّ سَبَبَ كُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هُوَ الأَرْضُ النَّامِيَةُ، وَقَدَّمَهُ عَلَى الخَرَاجِ لِكَوْنِهِ مِنْ الوَظَائِفِ الإِسْلامِيَّةِ. وَالعُشْرُ بِضَمِّ العَيْنِ أَحَدُ أَجْزَاءِ العَشَرَةِ، وَالخَرَاجُ اسْمٌ لِمَا يُخْرَجُ مِنْ غَلةِ الأَرْضِ أَوْ الغُلامِ، ثُمَّ سُمِّيَ مَا يَأْخُذُهُ السُّلْطَانُ خَرَاجًا فَيُقَالُ أَدَّى فُلانٌ خَرَاجَ أَرْضِهِ وَأَدَّى أَهْلُ الذِّمَّةِ خَرَاجَ رُءُوسِهِمْ: يَعْنِي الجِزْيَةَ. وَالعُذَيْبُ مَاءٌ لِتَمِيمٍ، وَالحَجَرُ بِفَتْحَتَيْنِ بِمَعْنَى الصَّخْرِ لأَنَّهُ وَقَعَ فِي أَمَالِي أَبِي يُوسُفَ: الصَّخْرُ مَوْضِعُ الحَجَرِ، وَيَظْهَرُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ رَوَى بِسُكُونِ الجِيمِ وَفَسَّرَهُ بِالجَانِبِ فَقَدْ حَرَّفَ. وَمَهْرَةُ بِالفَتْحِ وَالسُّكُونِ اسْمُ رَجُلٍ، وَقِيل اسْمُ قَبِيلة يُنْسَبُ إِلَيْهَا الإِبلُ المَهْرِيَّةُ سُمِّيَ ذَلكَ المَقَامُ بِهِ فَيَكُونُ بِمَهْرَةَ بَدَلا مِنْ قَوْلِه بِاليَمَنِ، وَهَذَا طُولُهَا، وَمِنْ يَبْرِينَ وَالدَّهْنَاءِ وَرَمْل عَالِجٍ أَسْمَاءُ مَوَاضِعَ إِلَى مَشَارِفِ الشَّامِ: أَيْ قُرَاهَا عَرْضُهَا، وَالسَّوَادُ: أَيْ أَرَاضِي سَوَادِ العِرَاقِ: أَيْ قُرَاهَا سُمِّيَ بِالسَّوَادِ لِخُضْرَةِ أَشْجَارِهِ وَزُرُوعِه، وَحَدُّهُ عَرْضًا مِنْ العُذَيْبِ إِلَى عُقْبَةِ حُلوَانَ وَهُوَ اسْمُ بَلد، وَمِنْ الثَّعْلَبِيَّةِ وَهِيَ مَنَازِلُ البَادِيَةِ إِلَى عَبَّادَانَ وَهُوَ حِصْنٌ صَغِيرٌ عَلَى شَطِّ البَحْرِ طُولُهُ. وَقِيل فِي مَوْضِعِ الثَّعْلَبِيَّةُ العَلْثُ بِفَتْحِ العَيْنِ وَسُكُونِ اللامِ، وَهِيَ قَرْيَةٌ مَوْقُوفَةٌ عَلَى العَلَوِيَّةِ وَهُوَ أَوَّلُ العِرَاقِ شَرْقِيَّ دِجْلَةَ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ.

قَالَ: (وَأَرضُ السَّوَادِ مَملُوكَةٌ لأَهلهَا يَجُوزُ بَيعُهُم لهَا وَتَصرُّفُهُم فِيهَا)؛ لأَنَّ الإِمَامَ إِذَا فَتَحَ أَرضًا عَنوَةً وَقَهراً لهُ أَن يُقِرَّ أَهلهَا عَليهَا وَيَضَعَ عَليهَا وَعَلَى رُءُوسِهِم الخَرَاجَ فَتَبقَى الأَرَاضِي مَملُوكَةً لأَهلهَا وَقَد قَدَّمنَاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَدَّمْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي فِي أَوَّلِ بَابِ الغَنَائِمِ.

قَال (: وَكُلُّ أَرضٍ أَسلمَ أَهلُهَا أَو فُتِحَت عَنوَةً وَقُسِّمَت بَينَ الغَانِمِينَ فَهِيَ أَرضُ عُشرٍ)؛ لأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى ابتِدَاءِ التَّوظِيفِ عَلَى المُسلمِ وَالعُشرُ أَليَقُ بِهِ لِمَا فِيهِ مِن مَعنَى العِبَادَةِ، وَكَذَا هُوَ أَخَفُّ حَيثُ يَتَعَلقُ بِنَفسِ الخَارِجِ.

(وَكُلُّ أَرضٍ فُتِحَت عَنوَةً فَأَقِرَّ أَهلُهَا عَليهَا فَهِيَ أَرضُ خَرَاجٍ) وَكَذَا إِذَا صَالحَهُم؛

لأنَّ الحَاجَةَ إلى ابتِدَاءِ التَّوظِيفِ عَلَى الكَافِرِ وَالخَرَاجُ أَليَقُ بِهِ، وَمَكَّةُ مَخصُوصَةٌ مِن هَذَا، فَإِنَّ رَسُول اللهِ ﷺ فَتَحهَا عنوَةً وَتَركَهَا لأَهلهَا، وَلَم يُوَظِّف الخَرَاجَ (وَفِي الجَامعِ الصَّغِيرِ كُلُّ أَرضٍ فُتِحَت عَنوَةً فَوصَلَ إليهَا مَاءُ الأَنهَارِ فَهِيَ أَرضُ خَرَاجٍ، وَمَا لم يَصِل إليهَا مَاءُ الأَنهَارِ وَاستُخرِجَ مِنهَا عَينٌ فَهِيَ أَرضُ عُشرٍ)؛ لأَنَّ العُشرَ يَتَعَلَّقُ بِالأَرضِ النَّامِيَةِ، وَنَمَاؤُهَا بِمَائِهَا فَيُعتَبَرُ السَّقيُ بِمَاءِ العُشرِ أَو بِمَاءِ الخَرَاجِ.

الشرح:

قَوْلُهُ وَالخَرَاجُ أَليَقُ بِهِ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ إنَّ فِيهِ مَعْنَى العُقُوبَةِ، وَإِنَّ فِيهِ تَغْلِيظًا لِوُجُوبِهِ وَإِنْ لَمْ يُزْرَعْ، وَالكَافِرُ أَلِيقُ بِالعُقُوبَةِ وَالتَّغْلِيظِ. وَكَانَ القِيَاسُ «فِي أَرْضِ مَكَّةَ أَنْ تَكُونَ خَرَاجِيَّةً لأَنَّهَا فُتِحَتْ عَنْوَةً: أَيْ قَهْرًا، لكِنَّ رَسُول الله ﷺ لَمْ يُوَظِّفْ عَلَيْهَا الخَرَاجَ»، وَكَمَا **لا رِقَّ عَلَى العَرَبِ فَكَذَا لا خَرَاجَ فِي أَرْضِهِمْ** (قَوْلُهُ وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، إِلَى قَوْلِهِ: فَهِيَ أَرْضُ خَرَاجٍ) يَعْنِي سَوَاءٌ قُسِمَتْ بَيْنَ الغَانِمِينَ أَوْ أُقِرَّ أَهْلُهَا عَلَيْهَا، وَذُكِرَ لَفْظُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِهَذِهِ الفَائِدَةِ.

قَالَ: (وَمَن أَحيَا أَرضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِندَ أَبِي يُوسُفَ مُعتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا، فَإِن كَانَت مِن حَيِّزِ أَرضِ الخَرَاجِ) وَمَعنَاهُ بِقُربِهِ (فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ)، وَإِن كَانَت مِن حَيِّزِ أَرضِ العُشرِ فَهِيَ عُشرِيَّةٌ (وَالبَصرَةُ عِندَهُ عُشرِيَّةٌ بِإِجمَاعِ الصَّحَابَةِ)؛ لأَنَّ حَيِّزَ الشَّيءِ يُعطَى لَهُ حُكمُهُ، كَفِنَاءِ الدَّارِ يُعطَى لَهُ حُكمُ الدَّارِ حَتَّى يَجُوزَ لِصَاحِبِهَا الانتِفَاعُ بِهِ. وَكَذَا لا يَجُوزُ أَخذُ مَا قَرُبَ مِن العَامِرِ، وَكَانَ القِيَاسُ فِي البَصرَةِ أَن تَكُونَ خَرَاجِيَّةً؛ لأَنَّهَا مِن حَيِّزِ أَرضِ الخَرَاجِ، إلا أَنَّ الصَّحَابَةَ وَظَّفُوا عَلَيهَا العُشرَ فَتُرِكَ القِيَاسُ لإِجمَاعِهِم (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إن أَحيَاهَا بِبِئرٍ حَفَرَهَا أَو بِعَينٍ استَخرَجَهَا أَو مَاءِ دِجلَةَ أَو الفُرَاتِ أَو الأَنهَارِ العِظَامِ التِي لا يَملِكُهَا أَحَدٌ فَهِيَ عُشرِيَّةٌ) وَكَذَا إن أَحيَاهَا بِمَاءِ السَّمَاءِ (وَإِن أَحيَاهَا بِمَاءِ الأَنهَارِ التِي احتَفَرَهَا الأَعَاجِمُ) مِثل نَهرِ المَلِكِ وَنَهرِ يَزدَجِرد (فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ) لِمَا ذَكَرنَا مِن اعتِبَارِ المَاءِ إذ هُوَ السَّبَبُ لِلنَّمَاءِ وَلأَنَّهُ لا يُمكِنُ تَوظِيفُ الخَرَاجِ ابتِدَاءً عَلَى المُسلِمِ كَرهًا فَيُعتَبَرُ فِي ذَلِكَ المَاءُ؛ لأَنَّ السَّقيَ بِمَاءِ الخَرَاجِ دَلالَةُ التِزَامِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مُعْتَبَرَةٌ بِحَيِّزِهَا) قِيل هَذَا

الإِطْلاقُ مَحْمُولٌ عَلى المُقَيَّد، وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ المُحْيِي مُسْلمًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ ذمِّيًّا فَعَلَيْه الخَرَاجُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ حَيِّزِ أَرْضِ العُشْرِ، وَإِذَا كَانَ هَذَا مُقَيَّدًا بِكَوْنه مُسْلمًا وَجَبَ أَنْ يُقَيَّدَ قَوْلُهُمْ المُسْلمُ لا يُبْتَدَأُ بتَوْظِيفِ الخَرَاجِ بِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُ صَنِيعٌ يَقْتَضِي ذَلكَ وَهُوَ السَّقْيُ مِنْ مَاءِ الخَرَاجِ، إِذْ الخَرَاجُ يَجِبُ جَبْرًا للمُقَاتلة فَيَخْتَصُّ وُجُوبُ الخَرَاجِ بِمَا يُسْقَى بِمَاءٍ حَمَتْهُ المُقَاتلةُ، وَالمَاءُ الذي حَمَتْهُ المُقَاتلةُ مَاءُ الخَرَاجِ، فَلهَذَا يَجِبُ الخَرَاجُ إِذَا سَقَاهُ بِمَاءِ الخَرَاجِ، إِلى هَذَا أَشَارَ شَمْسُ الأَئمَّة (قَوْلُهُ وَالبَصْرَةُ عنْدَهُ عُشْرِيَّةٌ) جَوَابُ إِشْكَالٍ يَرِدُ عَلى قَوْل أَبِي يُوسُفَ فِيمَا ذُكِرَ أَنَّ الإِحْيَاءَ فِي حَيِّزِ الأَرْضِ الخَرَاجيَّة يَجْعَلُ الأَرْضَ خَرَاجيَّةً، **وَالبَصْرَةُ فِي حَيِّزِ الأَرْضِ الخَرَاجيَّةِ** وَإِنْ أَحْيَا فِيهَا مُسْلمٌ يَجِبُ عَلَيْه العُشْرُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ القيَاسَ ذَلكَ لكنْ تُرِكَ ذَلكَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَة (قَوْلُهُ لأَنَّ حَيِّزَ الشَّيْءِ يُعْطِي لهُ حُكْمَهُ) دَليلُ أَبِي يُوسُفَ عَلى مَذْهَبه (قَوْلُهُ كَفنَاء الدَّارِ) يَعْنِي فِنَاءَ الدَّارِ يُعْطِي لَهُ حُكْمَ الدَّارِ فِي حَقِّ الانْتفَاعِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الفنَاءُ مَمْلُوكًا لصَاحبِ الدَّارِ لاتِّصَاله بملكه، فَكَذَا هَاهُنَا تُعْطَى هَذه الأَرْضُ المُحْيَاةُ حُكْمَ جوَارهَا لاتِّصَالهَا به، وَلا يُظَنُّ فِي إِعَادَة قَوْله: " وَكَانَ القيَاسُ فِي البَصْرَة أَنْ تَكُونَ خَرَاجيَّةً " تَكْرَارٌ لأَنَّ الأَوَّل روَايَةُ القُدُوريِّ وَالثَّانِي ذَكَرَهُ شَرْحًا لذَلكَ. وَنَهْرُ المَلك عَلى طَرِيقِ الكُوفَة مِنْ بَغْدَادَ، وَيَزْدَجِرْدُ مَلكٌ مِنْ مُلُوكِ العَجَمِ (قَوْلُهُ لمَا ذَكَرْنَا) مِنْ قَبْلُ إِشَارَةٌ إِلى قَوْله لأَنَّ العُشْرَ يَتَعَلَّقُ بالأَرْضِ النَّاميَة وَنَمَاؤُهَا بِمَائهَا.

قَال (: وَالخَرَاجُ الذِي وَضَعَهُ عُمَرُ عَلى أَهلِ السَّوَادِ مِن كُل جَرِيبٍ يَبلُغُهُ المَاءُ قَفِيزٌ هَاشِمِيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ وَدِرهَمٌ، وَمِن جَرِيبِ الرَّطبَةِ خَمسَةُ دَرَاهِمَ وَمِن جَرِيبِ الكَرمِ المُتَّصِلِ وَالنَّخِيل المُتَّصِل عَشَرَةُ دَرَاهِمَ) وَهَذَا هُوَ المَنقُولُ عَن عُمَرَ، فَإِنَّهُ بَعَثَ عُثمَانَ بنَ حُنَيفٍ حَتَّى يَمسَحَ سَوَادَ العِرَاقِ، وَجَعَل حُذَيفَةَ مُشرِفًا عَليهِ، فَمَسَحَ فَبَلَغَ سِتًّا وَثَلاثِينَ أَلفَ أَلفِ جَرِيبٍ وَوَضَعَ عَلى ذَلكَ مَا قُلنَا، وَكَانَ ذَلكَ بِمَحضَرٍ مِن الصَّحَابَةِ مِن غَيرِ نَكِيرٍ فَكَانَ إِجمَاعًا مِنهُم. وَلأَنَّ المُؤَنَ مُتَفَاوِتَةٌ فَالكَرمُ أَخَفُّهَا مُؤنَةً وَالمَزَارِعَ أَكثَرُهَا مُؤنَةً وَالرُّطَبُ بَينَهُمَا، وَالوَظِيفَةُ تَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِهَا فَجُعِل الوَاجِبُ فِي الكَرمِ أَعلاهَا وَفِي الزَّرعِ أَدنَاهَا وَفِي الرُّطَبَةِ أَوسَطَهَا. قَال: (وَمَا سِوَى ذَلكَ مِن الأَصنَافِ كَالزَّعفَرَانِ وَالبُستَانِ وَغَيرِهِ

يُوضَعُ عليهَا بِحَسَبِ الطَّاقَةِ)؛ لأَنَّهُ ليسَ فِيهِ تَوظِيفُ عُمَرَ وَقَد اعتَبَرَ الطَّاقَةَ فِي ذَلكَ فَنَعتَبِرُهَا فِيمَا لا تَوظِيفَ فِيهِ. قَالُوا: وَنِهَايَةُ الطَّاقَةِ أَن يَبلُغَ الوَاجِبُ نِصفَ الخَارِجِ لا يُزَادُ عَلَيهِ؛ لأَنَّ التَّنصِيفَ عَينُ الإِنصَافِ لَمَّا كَانَ لنَا أَن نُقَسِّمَ الكُل بَينَ الغَانِمِينَ. وَالبُستَانُ كُلُّ أَرضٍ يَحُوطُهَا حَائِطٌ وَفِيهَا نَخِيلٌ مُتَفَرِّقَةٌ وَأَشجَارٌ أُخَرُ، وَفِي دِيَارِنَا وَظَّفُوا مِن الدَّرَاهِمِ فِي الأَرَاضِي كُلهَا وَتُرِكَ كَذَلكَ؛ لأَنَّ التَّقدِيرَ يَجِبُ أَن يَكُونَ بِقَدرِ الطَّاقَةِ مِن أَيِّ شَيءٍ كَانَ.

قَال (فَإِن لم تُطِق مَا وُضِعَ عَلَيهَا نَقَصَهُم الإِمَامُ) وَالنُّقصَانُ عِندَ قِلةِ الرِّيعِ جَائِزٌ بِالإِجمَاعِ؛ أَلا تَرَى إلى قَول عُمَرَ: لعَلكُمَا حَمَّلتُمَا الأَرضَ مَا لا تُطِيقُ، فَقَالا: لا بَل حَمَّلنَاهَا مَا تُطِيقُ، وَلو زِدنَا لأَطَاقَت. وَهَذَا يَدُلُّ عَلى جَوَازِ النُّقصَانِ، وَأَمَّا الزِّيَادَةُ عِندَ زِيَادَةِ الرِّيعِ يَجُوزُ عِندَ مُحَمَّدٍ اعتِبَارًا بِالنُّقصَانِ، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ عُمَرَ لم يَزِد حِينَ أُخبِرَ بِزِيَادَةِ الطَّاقَةِ (وَإِن غَلبَ عَلى أَرضِ الخَرَاجِ المَاءُ أَو انقَطَعَ المَاءُ عَنهَا أَو اصطَلمَ الزَّرعَ آفَةٌ فَلا خَرَاجَ عَليهِ) لأَنَّهُ فَاتَ التَّمَكُّنُ مِن الزِّرَاعَةِ، وَهُوَ النَّمَاءُ التَّقدِيرِيُّ المُعتَبَرُ فِي الخَرَاجِ، وَفِيمَا إذَا اصطَلمَ الزَّرعَ آفَةٌ فَاتَ النَّمَاءُ التَّقدِيرِيُّ فِي بَعضِ الحَول وَكَونُهُ نَامِيًا فِي جَمِيعِ الحَول شَرطٌ كَمَا فِي مَال الزَّكَاةِ أَو يُدَارُ الحُكمُ عَلى الحَقِيقَةِ عِندَ خُرُوجِ الخَارِجِ. قَال (وَإِن عَطَّلهَا صَاحِبُهَا فَعَليهِ الخَرَاجُ)؛ لأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الذِي فَوَّتَهُ. قَالُوا: مَن انتَقَل إلى أَخَسِّ الأَمرَينِ مِن غَيرِ عُذرٍ فَعَليهِ خَرَاجُ الأَعلى؛ لأَنَّهُ هُوَ الذِي ضَيَّعَ الزِّيَادَةَ، وَهَذَا يُعرَفُ وَلا يُفتَى بِهِ كَي لا يَتَجَرَّأَ الظَّلمَةُ عَلى أَخذِ أَموَال النَّاسِ.

الشرح:

قَال (وَالخَرَاجُ الذي وَضَعَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ) اعْلمْ أَنَّ الخَرَاجَ عَلى نَوْعَيْنِ: خَرَاجُ وَظِيفَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الوَاجِبُ فِي الذِّمَّةِ يَتَعَلقُ بِالتَّمَكُّنِ مِنْ الانْتِفَاعِ بِالأَرْضِ (فِي كُل جَرِيبٍ) وَهُوَ أَرْضٌ طُولُهَا سِتُّونَ ذِرَاعًا وَعَرْضُهَا سِتُّونَ بِذِرَاعِ المَلكِ كِسْرَى وَهُوَ يَزِيدُ عَلى ذِرَاعِ العَامَّةِ بِقَبْضَةٍ (قَفِيزٌ هَاشِمِيٌّ وَهُوَ الصَّاعُ) مِنْ حِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ عَلى مَا قَال الإِمَامُ قَاضِي خَانْ فِي فَتْوَاهُ أَوْ مِمَّا يُزْرَعُ فِيهَا عَلى مَا ذُكِرَ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ (وَدِرْهَمٌ) قَوْلُهُ فَالكَرْمُ أَخَفُّهَا) يَعْنِي وَأَكْثَرُهَا رِيعًا لأَنَّهُ يَبْقَى عَلى الأَبَدِ بِلا مُؤْنَةٍ (وَالمَزَارِعُ أَكْثَرُهَا مُؤْنَةً) لاحْتِيَاجِهَا إلى الزِّرَاعَةِ وَإِلقَاءُ البَذْرِ فِي كُل عَامٍ (وَالرُّطَبُ

بَيْنَهُمَا) لأَنَّهَا تَبْقَى أَعْوَامًا وَلا تَدُومُ دَوَامَ الكُرُومِ فَكَانَتْ مُؤْنَتُهَا فَوْقَ مُؤْنَةِ الكُرُومِ وَدُونَ مُؤْنَةِ المَزَارِعِ. وَخَرَاجُ مُقَاسَمَةٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الوَاجِبُ شَيْئًا مِنَ الخَارِجِ كَالخُمُسِ وَالسُّدُسِ وَنَحْوِ ذَلِكَ (لأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَوْظِيفُ عُمَرَ) فَنَعْتَبِرُ فِيهِ الطَّاقَةَ كَمَا اعْتَبَرَهَا فِي المُوَظَّفِ، وَمِنْ الإِنْصَافِ أَنْ لا يُزَادَ عَلَى النِّصْفِ (قَوْلُهُ وَالبُسْتَانُ كُلُّ أَرْضٍ يَحُوطُهَا حَائِطٌ) ظَاهِرٌ (وَإِنْ **غَلَبَ عَلَى أَرْضِ الخَرَاجِ المَاءُ أَوْ انْقَطَعَ عَنْهَا** فَلا خَرَاجَ عَلَيْهِ) بِالاتِّفَاقِ لأَنَّهُ فَاتَ التَّمَكُّنُ مِنْ الزِّرَاعَةِ وَهُوَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ المُعْتَبَرُ فِي الخَرَاجِ، وَفِيمَا إِذَا **اصْطَلَمَ الزَّرْعَ آفَةٌ**) **أَيْ اسْتَأْصَلَهُ حَرٌّ شَدِيدٌ أَوْ بَرْدٌ شَدِيدٌ أَوْ نَحْوُ ذَلِكَ** فَلا خَرَاجَ أَيْضًا (لأَنَّهُ فَاتَ النَّمَاءُ التَّقْدِيرِيُّ) الذي أُقِيمَ مَقَامَ النَّمَاءِ الحَقِيقِيِّ (فِي بَعْضِ الحَوْلِ وَكَوْنُهُ نَامِيًا فِي جَمِيعِ الحَوْلِ شَرْطٌ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ) فَإِنَّ مَنْ **اشْتَرَى جَارِيَةً لِلتِّجَارَةِ فَمَضَى عَلَيْهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ ثُمَّ نَوَاهَا لِلْخِدْمَةِ** سَقَطَتْ الزَّكَاةُ لأَنَّهَا لَمْ تَبْقَ نَامِيَةً فِي جَمِيعِ الحَوْلِ (أَوْ) يُقَالُ (يُدَارُ الحُكْمُ عَلَى الحَقِيقَةِ عِنْدَ خُرُوجِ الخَارِجِ) يَعْنِي أَنَّ النَّمَاءَ التَّقْدِيرِيَّ كَانَ قَائِمًا مَقَامَ الحَقِيقِيِّ، فَلَمَّا وُجِدَ الحَقِيقِيُّ تَعَلَّقَ الحُكْمُ بِهِ لِكَوْنِهِ الأَصْلَ وَقَدْ هَلَكَ فَيَهْلِكُ مَعَهُ الخَرَاجُ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا **اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلزِّرَاعَةِ فَاصْطَلَمَ الزَّرْعَ آفَةٌ لَمْ تَسْقُطْ الأُجْرَةُ فَمَا الفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الخَرَاجِ**؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الأَجْرَ يَجِبُ إِلَى وَقْتِ هَلاكِ الزَّرْعِ لا بَعْدَهُ، وَلَيْسَ الأَجْرُ كَالخَرَاجِ لأَنَّهُ وُضِعَ عَلَى مِقْدَارِ الخَارِجِ إِذَا صَلُحَتْ الأَرْضُ لِلزِّرَاعَةِ، فَإِذَا لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ جَازَ إِسْقَاطُهُ وَالأَجْرُ لَمْ يُوضَعْ عَلَى مِقْدَارِ الخَارِجِ فَجَازَ إِيجَابُهُ وَإِنْ لَمْ تُخْرِجْ. ثُمَّ قَالَ مَشَايِخُنَا: مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ أَنَّ الخَرَاجَ يَسْقُطُ بِالاصْطِلامِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَبْقَ مِنْ السَّنَةِ مِقْدَارُ مَا يُمْكِنُ أَنْ تُزْرَعَ الأَرْضُ ثَانِيًا، أَمَّا إِذَا بَقِيَ فَلا يَسْقُطُ الخَرَاجُ. قَالَ (وَإِنْ عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا فَعَلَيْهِ الخَرَاجُ) إِذَا **عَطَّلَ الأَرْضَ الخَرَاجِيَّةَ صَاحِبُهَا** فَعَلَيْهِ الخَرَاجُ لأَنَّ التَّمَكُّنَ كَانَ ثَابِتًا وَهُوَ الذي فَوَّتَهُ. قِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتْ الأَرْضُ صَالِحَةً لِلزِّرَاعَةِ وَالمَالِكُ مُتَمَكِّنٌ مِنْ الزِّرَاعَةِ وَعَطَّلَهَا، أَمَّا إِذَا عَجَزَ المَالِكُ عَنْ الزِّرَاعَةِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ قُوَّتِهِ وَأَسْبَابِهِ فَلِلإِمَامِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ مُزَارَعَةً وَيَأْخُذَ الخَرَاجَ مِنْ نَصِيبِ المَالِكِ وَيُمْسِكَ البَاقِيَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ آجَرَهَا وَأَخَذَ ذَلِكَ مِنْ الأُجْرَةِ، وَإِنْ شَاءَ زَرَعَهَا بِنَفَقَةٍ مِنْ بَيْتِ المَالِ، فَإِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ وَلَمْ يَجِدْ مَنْ يَقْبَلُ ذَلِكَ بَاعَهَا وَأَخَذَ الخَرَاجَ مِنْ ثَمَنِهَا، وَهَذَا بِلا خِلافٍ وَإِنْ كَانَ فِيهِ نَوْعُ حَجْرٍ

وَهُوَ ضَرَرٌ وَلَكِنَّهُ إلحَاقُ ضَرَرٍ بوَاحدٍ للعَامَّة (قَوْلُهُ قَالُوا) يَعْنِي المَشَايِخَ (مَنْ انْتَقل إلى أخَسِّ الأَمْرَيْنِ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ) بِأَنْ **كَانَتْ الأَرْضُ صَالحَةً للزِّرَاعَة للأَعْلى وَهُوَ الزَّعْفَرَانُ مَثَلا فَزَرَعَ الشَّعِيرَ مَثَلا** (وَجَبَ خَرَاجُ الزَّعْفَرَانِ لأَنَّهُ هُوَ الذي ضَيَّعَ الزِّيَادَةَ، وَهَذَا يُعْرَفُ وَلا يُفْتَى بِهِ كَيْ لا يَتَجَرَّأَ الظَّلَمَةُ عَلى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ) وَرُدَّ بأَنَّهُ كَيْفَ يَجُوزُ الكِتْمَانُ وَأَنَّهُمْ لوْ أَخَذُوا كَانَ فِي مَوْضِعِهِ لكَوْنِهِ وَاجِبًا، وَأُجِيبَ بأَنَّا لوْ أَفْتَيْنَا بِذَلكَ لادَّعَى كُلُّ ظَالمٍ فِي أَرْضٍ لَيْسَ شَأْنُهَا ذَلكَ أَنَّهَا قَبْلَ هَذَا كَانَتْ تُزْرَعُ الزَّعْفَرَانَ فَيَأْخُذُ خَرَاجَ ذَلكَ وَهُوَ ظُلْمٌ وَعُدْوَانٌ.

(وَمَن أَسلمَ مِن أَهلِ الخَرَاجِ أُخِذَ مِنهُ الخَرَاجُ عَلى حَالِه)؛ لأَنَّ فِيهِ مَعنَى المُؤنَةِ فَيُعتَبَرُ مُؤنَةً فِي حَالةِ البَقَاءِ فَأَمكَنَ إبقَاؤُهُ عَلى المُسلمِ (وَيَجُوزُ أَن يَشتَرِيَ المُسلمُ أَرضَ الخَرَاجِ مِن الذِّمِّيِّ وَيُؤخَذَ مِنهُ الخَرَاجُ لمَا قُلنَا)، وَقَد صَحَّ أَنَّ الصَّحَابَةَ اشتَرَوا أَرَاضِيَ الخَرَاجِ وَكَانُوا يُؤَدُّونَ خَرَاجَهَا، فَدَلَّ عَلى جَوَازِ الشِّرَاءِ وَأَخذِ الخَرَاجِ وَأَدَائِهِ للمُسلمِ مِن غَيرِ كَرَاهَةٍ (وَلا عُشرَ فِي الخَارِجِ مِن أَرضِ الخَرَاجِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجمَعُ بَينَهُمَا؛ لأَنَّهُمَا حَقَّانِ مُختَلفَانِ وَجَبَا فِي مَحلينِ بِسَبَبَينِ مُختَلفَينِ فَلا يَتَنَافَيَانِ. وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا يَجتَمِعُ عُشرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرضِ مُسلمٍ»[1]، وَلأَنَّ أَحَدًا مِن أَئِمَّةِ العَدلِ وَالجَورِ لم يَجمَع بَينَهُمَا، وَكَفَى بِإِجمَاعِهِم حُجَّةً؛ وَلأَنَّ الخَرَاجَ يَجِبُ فِي أَرضٍ فُتِحَت عَنوَةً قَهرًا، وَالعُشرُ فِي أَرضٍ أَسلمَ أَهلُهَا طَوعًا، وَالوَصفَانِ لا يَجتَمِعَانِ فِي أَرضٍ وَاحِدَةٍ، وَسَبَبُ الحَقَّينِ وَاحِدٌ وَهُوَ الأَرضُ النَّامِيَةُ إلا أَنَّهُ يُعتَبَرُ فِي العُشرِ تَحقِيقًا وَفِي الخَرَاجِ تَقدِيرًا، وَلهَذَا يُضَافَانِ إلى الأَرضِ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَنْ أَسْلمَ مِنْ **أَهْلِ الخَرَاجِ**) ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ) احْتِرَازٌ عَمَّا يَقُولُهُ المُتَقَشِّفَةُ وَهُم طَائِفَةٌ مِنْ الصُّوفِيَّةِ إنَّهُ مَكْرُوهٌ، لأَنَّ «النَّبِيَّ ﷺ رَأَى شَيْئًا مِنْ آلاتِ الحِرَاثَةِ فَقَالَ: **مَا دَخَلَ هَذَا بَيْتَ قَوْمٍ إلا ذَلُّوا**» ظَنُّوا أَنَّ المُرَادَ بالذُّلِّ التِزَامُ الخَرَاجِ وَليْسَ كَذَلكَ، بَل المُرَادُ أَنَّ المُسْلمِينَ إذَا اشْتَغَلُوا بالزِّرَاعَةِ وَاتَّبَعُوا أَذْنَابَ البَقَرِ وَقَعَدُوا عَنْ الجِهَادِ كَرَّ عَلَيْهِمْ عَدُوُّهُمْ وَجَعَلَهُمْ أَذلةً، وَلأَنَّ الصَّغَارَ إنْ كَانَ قَائِمًا يَكُونُ فِي الوَضْعِ

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (٧/٢٥٥)، وانظر نصب الراية (٣/٦٦٧).

ابْتِدَاءً وَأَمَّا بَقَاءً فَلا، بِخِلافِ خَرَاجِ الرُّءُوسِ فَإِنَّهُ ذُلٌّ وَصَغَارٌ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً فَلِذَلِكَ لا يَبْقَى بَعْدَ الإِسْلامِ.

(قَوْلُهُ وَجَبَا فِي مَحَلَّيْنِ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ) يَعْنِي وَلِمَصْرِفَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، أَمَّا اخْتِلافُ المَحَلِ فَلأَنَّ الخَرَاجَ فِي ذِمَّةِ المَالِكِ وَالعُشْرَ فِي الخَارِجِ، وَأَمَّا اخْتِلافُ السَّبَبِ فَلأَنَّ سَبَبَ الخَرَاجِ الأَرْضُ النَّامِيَةُ تَقْدِيرًا، وَسَبَبُ العُشْرِ الأَرْضُ النَّامِيَةُ تَحْقِيقًا. وَأَمَّا اخْتِلافُ المَصْرِفِ فَإِنَّ مَصْرِفَ الخَرَاجِ المُقَاتِلَةُ وَمَصْرِفَ العُشْرِ الفُقَرَاءُ (فَلا يَتَنَافَيَانِ) لأَنَّ التَّنَافِيَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِاتِّحَادِ المَحَلِ (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «**لا يَجْتَمِعُ عُشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضِ مُسْلِمٍ**») رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عَلْقَمَةَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ. قَوْلُهُ وَالوَصْفَانِ لا يَجْتَمِعَانِ) لأَنَّ الطَّوْعَ ضِدُّ الكُرْهِ الحَاصِلِ مِنْ القَهْرِ، وَإِذَا لَمْ يَجْتَمِعْ السَّبَبَانِ لَمْ يَثْبُتْ الحُكْمَانِ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا يُضَافَانِ إِلَى الأَرْضِ) يُقَالُ عُشْرُ الأَرْضِ وَخَرَاجُ الأَرْضِ. وَقَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا الخِلافِ الزَّكَاةُ مَعَ أَحَدِهِمَا) أَيْ العُشْرُ أَوْ الخَرَاجُ.

صُورَتُهُ: رَجُلٌ **اشْتَرَى أَرْضَ عُشْرٍ أَوْ خَرَاجٍ لِلتِّجَارَةِ** لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ زَكَاةُ التِّجَارَةِ مَعَ العُشْرِ أَوْ الخَرَاجِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ أَنَّ عَلَيْهِ زَكَاةَ التِّجَارَةِ مَعَ العُشْرِ أَوْ الخَرَاجِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَمَفْزَعُهُمَا تَوَهُّمُ اخْتِلافِ المَحَلَّيْنِ أَنَّ مَحَلَ العُشْرِ الخَارِجُ وَمَحَلَ الزَّكَاةِ عَيْنُ مَالِ التِّجَارَةِ وَهُوَ الأَرْضُ فَلَمْ يَجْتَمِعَا فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، فَوُجُوبُ أَحَدِهِمَا لا يَمْنَعُ وُجُوبَ الآخَرِ كَالدَّيْنِ مَعَ العُشْرِ. وَلَنَا أَنَّ المَحَلَ وَاحِدٌ لأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُؤْنَةُ الأَرْضِ النَّامِيَةِ، وَكَذَلِكَ الزَّكَاةُ وَظِيفَةُ المَالِ النَّامِي وَهُوَ الأَرْضُ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا يَجِبُ حَقًّا للهِ تَعَالَى فَلا يَجِبُ بِسَبَبِ مِلْكِ مَالٍ وَاحِدٍ حَقَّانِ للهِ تَعَالَى، كَمَا لا تَجِبُ زَكَاةُ السَّائِمَةِ وَزَكَاةُ التِّجَارَةِ بِاعْتِبَارِ مَالٍ وَاحِدٍ. وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ لا وَجْهَ لِلْجَمْعِ بَيْنَهُمَا.

قُلْنَا العُشْرُ وَالخَرَاجُ صَارَا وَظِيفَتَيْنِ لازِمَتَيْنِ لِهَذِهِ الأَرْضِ فَلا يَسْقُطَانِ بِإِسْقَاطِ المَالِكِ وَهُوَ أَسْبَقُ ثُبُوتًا مِنْ زَكَاةِ التِّجَارَةِ التِي كَانَ وُجُوبُهَا بِنِيَّةٍ فَلِهَذَا بَقِيَتْ عُشْرِيَّةً وَخَرَاجِيَّةً كَمَا كَانَتْ وَبِقَوْلِهِ وَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَجِبُ حَقًّا للهِ خَرَجَ الجَوَابُ عَنْ وُجُوبِ الدَّيْنِ مَعَ العُشْرِ، فَإِنَّ الدَّيْنَ يَجِبُ لِلْعَبْدِ وَالعُشْرَ للهِ تَعَالَى فَلا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا فَيَجِبَانِ وَإِنْ كَانَا بِسَبَبِ مِلْكٍ وَاحِدٍ، وَالبَاقِي ظَاهِرٌ.

(وَلا يَتَكَرَّرُ الخَرَاجُ بِتَكَرُّرِ الخَارِجِ فِي سَنَةٍ)؛ لأَنَّ عُمَرَ لَمْ يُوَظِّفْهُ مُكَرَّرًا، بِخِلافِ العُشْرِ؛ لأَنَّهُ لا يَتَحَقَّقُ عُشْرًا إِلا بِوُجُوبِهِ فِي كُلِّ خَارِجٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الجزيَةِ

(وَهِيَ عَلَى ضَرْبَيْنِ: جِزْيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّرَاضِي وَالصُّلحِ فَتَتَقَدَّرُ بِحَسَبِ مَا يَقَعُ عَلَيهِ الاتِّفَاقُ) كَمَا «صَالحَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَهل نَجرَانَ عَلَى أَلفٍ وَمِائَتَي حُلةٍ»[١]، وَلأَنَّ المُوجِبَ هُوَ التَّرَاضِي فَلا يَجُوزُ التَّعدِّي إلى غَيرِ مَا وَقَعَ عَلَيهِ الاتِّفَاقُ (وَجِزيَةٌ يَبتَدِئُ الإِمَامُ وَضعَهَا إذَا غَلبَ الإِمَامُ عَلَى الكُفَّارِ، وَأَقَرَّهُم عَلَى أَملاكِهِم، فَيَضَعُ عَلَى الغَنِيِّ الظَّاهِرِ الغِنَى فِي كُل سَنَةٍ ثَمَانِيَةً وَأَربَعِينَ دِرهَمًا يَأخُذُ مِنهُم فِي كُل شَهرٍ أَربَعَةَ دَرَاهِمَ. وَعَلى وَسَطِ الحَال أَربَعَةً وَعِشرِينَ دِرهَمًا فِي كُل شَهرٍ دِرهَمَينِ، وَعَلى الفَقِيرِ المُعتَمِل اثنَي عَشَرَ دِرهَمًا فِي كُل شَهرٍ دِرهَمًا) وَهَذَا عِندَنَا. وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَضَعُ عَلَى كُل حَالمٍ دِينَارًا أَو مَا يَعدِلُ الدِّينَارَ، وَالغَنِيُّ وَالفَقِيرُ فِي ذَلكَ سَوَاءٌ «لِقَوله عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لِمُعَاذٍ: خُذ مِن كُل حَالمٍ وَحَالمَةٍ دِينَارًا أَو عِدلهُ مَعَافِرَ»[٢] مِن غَيرِ فصل.

وَلأَنَّ الجِزيَةَ إنَّمَا وَجَبَت بَدَلا عَن القَتل حَتَّى لا تَجِبَ عَلَى مَن لا يَجُوزُ قَتلُهُ بِسَبَبِ الكُفرِ كَالذَّرَارِيِّ وَالنِّسوَانِ، وَهَذَا المَعنَى يَنتَظِمُ الفَقِيرَ وَالغَنِيَّ. وَمَذهَبُنَا مَنقُولٌ عَن عُمَرَ وَعُثمَانَ وَعَليٍّ، وَلم يُنكِر عَليهِم أَحَدٌ مِن المُهَاجِرِينَ وَالأَنصَارِ؛ وَلأَنَّهُ وَجَبَ نُصرَةً لِلمُقَاتِلةِ فَتَجِبُ عَلَى التَّفَاوُتِ بِمَنزِلةِ خَرَاجِ الأَرضِ، وَهَذَا لأَنَّهُ وَجَبَ بَدَلا عَن النُّصرَةِ بِالنَّفسِ وَالمَال وَذَلكَ يَتَفَاوَتُ بِكَثرَةِ الوَفرِ وَقِلتِهِ، فَكَذَا أُجرَتُهُ هُوَ بَدَلُهُ، وَمَا رَوَاهُ مَحمُولٌ عَلى أَنَّهُ كَانَ ذَلكَ صُلحًا، وَلِهَذَا أَمَرَهُ بِالأَخذِ مِن الحَالمَةِ وَإِن كَانَت لا يُؤخَذُ مِنهَا الجِزيَةُ.

الشرح:

(بَابُ الجِزيَةِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ خَرَاجِ الأَرَاضِي ذَكَرَ فِي هَذَا البَابِ خَرَاجَ الرُّءُوسِ وَهُوَ الجِزْيَةُ، إلا أَنَّهُ قَدَّمَ الأَوَّل لأَنَّ العُشْرَ يُشَارِكُهُ فِي سَبَبِه، وَفِي العُشْرِ مَعْنَى القُرْبَةِ وَبَيَانُ القُرُبَات مُقَدَّمٌ. وَالجِزْيَةُ اسْمٌ لمَا يُؤْخَذُ مِنْ أَهْل الذِّمَّة وَالجَمْعُ الجِزَى كَاللحْيَةِ وَاللحَى، وَإِنَّمَا سُمِّيَتْ بِهَا لأَنَّهَا تُجْزِي عَنْ الذِّمِّيِّ: أَيْ تَقْضِي وَتَكْفِي عَنْ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٤١)، وانظر نصب الراية (٣/٦٧١).

(٢) أخرجه أبو داود (١٥٧٨)، والترمذي في الزكاة باب ما جاء في زكاة البقر، والنسائي (٢٢٩٩)، وابن ماجه (١٨٠٣)، وأحمد (٥/٢٣٠، ٢٣٣، ٢٤٧)، وانظر نصب الراية (٣/٦٧١).

القَتْل، فَإِنَّهُ إِذَا قَبِلَهَا سَقَطَ عَنْهُ القَتْلُ، قَال اللهُ تَعَالى: ﴿قَـٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] إلى قَوْله: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَـٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] فَإِنْ قِيل الكُفْرُ مَعْصِيَةٌ وَهُوَ أَعْظَمُ الكَبَائِرِ فَكَيْفَ يَصِحُّ أَخْذُ البَدَل عَلى تَقْرِيرِه؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الجِزْيَةَ لَمْ تَكُنْ بَدَلا عَنْ تَقْرِيرِ الكُفْرِ، وَإِنَّمَا هِيَ عِوَضٌ عَنْ تَرْكِ القَتْل وَالاسْتِرْقَاق الوَاجِبَيْنِ فَجَازَ كَإِسْقَاطِ القِصَاصِ بِعِوَضٍ، أَوْ هِيَ عُقُوبَةٌ عَلى الكُفْرِ فَيَجُوزُ كَالاسْتِرْقَاق (قَوْلُهُ **وَهِيَ عَلى ضَرْبَيْنِ**) ظَاهِرٌ. وَنَجْرَانُ بِلادٌ وَأَهْلُهَا نَصَارَى، وَالحُلَةُ إِزَارٌ وَرِدَاءٌ هُوَ المُخْتَارُ، وَلا تُسَمَّى حُلَةً حَتَّى تَكُونَ ثَوْبَيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّ المُوجِبَ هُوَ التَّرَاضِي) أَيْ المُوجِبُ لِتَقْرِيرِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الاتِّفَاقُ مِنْ المَال هُوَ التَّرَاضِي لا **المُوجِبُ لِوُجُوب الجِزْيَة**، فَإِنَّ مُوجِبَهُ فِي الأَصْل اخْتِيَارُهُمْ البَقَاءَ عَلى الكُفْرِ بَعْدَ أَنْ غَلَبُوا. وَقَوْلُهُ (فَيَضَعُ عَلى الغَنِيِّ الظَّاهِرِ الغِنَى).

قَال الإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ: مَنْ مَلَكَ مَا دُونَ المَائَتَيْنِ أَوْ لا يَمْلِكُ شَيْئًا لكِنَّهُ مُعْتَمِلٌ فَعَلَيْه اثْنَا عَشَرَ، وَمَنْ مَلَكَ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا إِلى عَشَرَةِ آلاف دِرْهَمٍ وَهُوَ مُعْتَمِلٌ أَيْضًا فَعَلَيْه أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَمًا، وَمَنْ مَلَكَ عَشَرَةَ آلاف دِرْهَمٍ فَصَاعِدًا إِلى مَا لا نِهَايَةَ لَهُ وَهُوَ مُعْتَمِلٌ أَيْضًا فَعَلَيْه ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ. ثُمَّ قَال: وَإِنَّمَا شَرْطُ المُعْتَمِل لأَنَّ الجِزْيَةَ عُقُوبَةٌ فَإِنَّمَا تَجِبُ عَلى مَنْ كَانَ مِنْ أَهْل القِتَال حَتَّى لا يَلْزَمَ الزَّمِنَ مِنْهُمْ جِزْيَةٌ وَإِنْ كَانَ مُفْرِطًا فِي اليَسَارِ. قَال: وَالمُعْتَمِلُ هُوَ الذي يَقْدِرُ عَلى العَمَل وَإِنْ لَمْ يُحْسِنْ حِرْفَةً.

وَكَانَ الفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ يَقُولُ: يُنْظَرُ إِلى عَادَةِ كُل بَلد لأَنَّ عَادَةَ البُلْدَان مُخْتَلِفَةٌ فِي الغِنَى، أَلا تَرَى أَنَّ صَاحِبَ خَمْسِينَ أَلفًا بِبَلخٍ يُعَدُّ مِنْ المُكْثِرِينَ وَإِنْ كَانَ بِبَغْدَادَ أَوْ بِالبَصْرَةِ لا يُعَدُّ مِنْ المُكْثِرِينَ، وَفِي بَعْضِ البُلْدَان صَاحِبُ عَشَرَةِ آلاف يُعَدُّ مِنْ المُكْثِرِينَ، فَيُعْتَبَرُ عَادَةُ كُل بَلد وَذُكِرَ هَذَا القَوْلُ عَنْ أَبِي نَصْرٍ مُحَمَّد بْنِ سَلامٍ وَقَوْلُهُ ﷺ: «**مِنْ كُل حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ**» مَعْنَاهُ بَالِغٌ وَبَالِغَةٌ (أَوْ عِدْلُهُ مَعَافِرَ) أَيْ أَوْ خُذْ مِثْل دِينَارٍ بُرْدًا مِنْ هَذَا الجِنْسِ يُقَالُ ثَوْبٌ مَعَافِرِيٌّ مَنْسُوبٌ إِلى مَعَافِرِ بْنِ مُرٍّ ثُمَّ صَارَ لَهُ اسْمًا بِغَيْرِ نِسْبَةٍ. وَذُكِرَ فِي الفَوَائِد الظَّهِيرِيَّة مَعَافِرُ حَيٌّ مِنْ هَمْدَانَ يُنْسَبُ إِلَيْه هَذَا النَّوْعُ مِنْ الثِّيَاب وَعَدْلُ الشَّيْءِ بِفَتْحِ العَيْنِ مِثْلُهُ إِذَا كَانَ مِنْ خِلاف جِنْسِه وَبِالكَسْرِ مِثْلُهُ مِنْ جِنْسِه

(قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ وَجَبَ نُصْرَةً لِلمُقَاتِلة) وَكُلُّ مَا وَجَبَ نُصْرَةً لِلمُقَاتِلة وَجَبَ مُتَفَاوِتًا

(كَمَا فِي خَرَاجِ الأَرْضِ) وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إلى قَوْله وَلأَنَّهُ وَجَبَ نُصْرَةً لِلمُقَاتلة: يَعْنِي وَإِنَّمَا قُلنَا إنَّ الجِزْيَةَ وَجَبَتْ نُصْرَةً لِلمُقَاتلة لأَنَّهَا تَجبُ بَدَلا عَنْ النُّصْرَة لِلمُسْلمِينَ بِبَذْل النَّفْسِ وَالمَال لأَنَّ كُل مَنْ كَانَ مِنْ أَهْل دَار الإِسْلام تَجبُ عَلَيْه النُّصْرَةُ لِلدَّار بالنَّفْسِ وَالمَال، قَال اللهُ تَعَالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ هَلۡ أَدُلُّكُمۡ عَلَىٰ تِجَٰرَةٖ تُنجِيكُم مِّنۡ عَذَابٍ أَلِيمٖ ۝ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتُجَٰهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمۡوَٰلِكُمۡ وَأَنفُسِكُمۡۚ ذَٰلِكُمۡ خَيۡرٞ لَّكُمۡ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ﴾ [الصف: ١٠، ١١] لكنَّ الكَافرَ لَمَّا لَمْ يَصْلُحْ لِنُصْرَتنَا لِمَيْله إلى دَار الحَرْب اعْتقَادًا قَامَ الخَرَاجُ المَأْخُوذُ مِنْهُ المَصْرُوفُ إلى الغُزَاة مَقَامَ النُّصْرَة بالنَّفْسِ، ثُمَّ النُّصْرَةُ مِنْ المُسْلمِ تَتَفَاوَتُ إذْ الفَقيرُ يَنْصُرُ دَارَنَا رَاجلا، وَمُتَوَسِّطُ الحَال يَنْصُرُهَا رَاكبًا وَرَاجلا وَالمُوسرُ بالرُّكُوب بنَفْسه وَإرْكَاب غَيْره. ثُمَّ الأَصْلُ لَمَّا كَانَ مُتَفَاوتًا تَفَاوَتَ الخَرَاجُ الذي قَامَ مَقَامَهُ.

فَإِنْ قِيل: النُّصْرَةُ طَاعَةُ الله وَهَذه عُقُوبَةٌ فَكَيْفَ تَكُونُ العُقُوبَةُ خَلفًا عَنْ الطَّاعَة؟ أُجيبَ بأَنَّ الخَليفَةَ عَنْ النُّصرَة فِي حَقِّ المُسْلمِينَ لَمَا فيه مِنْ زِيَادَة القُوَّة لِلمُسْلمِينَ وَهُمْ يُثَابُونَ عَلى تِلكَ الزِّيَادَة الحَاصلة بسَبَب أَمْوَالهمْ بمَنْزِلة مَا لوْ أَعَارُوا دَوَابَّهُمْ لِلمُسْلمِينَ (وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلى أَنَّهُ كَانَ صُلحًا) وَالدَّليلُ عَلى ذَلكَ أَنَّهُ أُمرَ بالأَخْذ مِنْ النِّسَاءِ وَالجِزْيَةُ لا تَجبُ عَلى النِّسَاء.

قَال (وَتُوضَعُ الجِزيَةُ عَلى أَهل الكِتَابِ وَالمَجُوس) لقَولهِ تَعَالى: ﴿ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ ﴾ [التوبة: ٢٩] الآيَةَ، «ووَضَعَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الجزيَةَ عَلى المَجُوسِ». قَال: (وَعبَدَةِ الأَوثَانِ مِن العَجَمِ) وَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: إنَّ القِتَال وَاجِبٌ لقَولهِ تَعَالى ﴿ وَقَٰتِلُوهُمۡ ﴾ إلا أَنَّا عَرَفنَا جَوَازَ تَركِهِ فِي حَقِّ أَهل الكِتَابِ بِالكِتَابِ وَفِي حَقِّ المَجُوسِ بِالخَبَرِ فَبَقِيَ مَن وَرَاءَهُم عَلى الأَصل. وَلنَا أَنَّهُ يَجُوزُ استِرقَاقُهُم فَيَجُوزُ ضَربُ الجِزيَةِ عَلَيهِم إذ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا يَشتَمِلُ عَلى سَلبِ النَّفسِ مِنهُم فَإِنَّهُ يَكتَسِبُ وَيُؤَدِّي إلى المُسلمِينَ وَنَفَقَتُهُ فِي كَسبِهِ، (وَإِن ظَهَرَ عَلَيهِم قَبل ذَلكَ فَهُم وَنِسَاؤُهُم وَصِبيَانُهُم فَيءٌ)؛ لجَوَازِ استِرقَاقِهِم (وَلا تُوضَعُ عَلى عَبَدَةِ الأَوثَانِ مِن العَرَبِ وَلا المُرتَدِّينَ) لأَنَّ كُفرَهُمَا قَد تَغَلَّظَ، أَمَّا مُشرِكُو العَرَبِ فَلأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَشَأَ بَينَ أَظهُرِهِم وَالقُرآنُ نَزَل بِلُغَتِهِم فَالمُعجِزَةُ فِي حَقِّهِم أَظهَرُ. وَأَمَّا المُرتَدُّ؛ فَلأَنَّهُ كَفَرَ بِرَبِّهِ بَعدَمَا هُدِيَ لِلإِسلامِ وَوَقَفَ عَلى مَحَاسِنِهِ فَلا

يُقبَلُ مِن الفَرِيقَينِ إلا الإِسلامُ أَو السَّيفُ زِيَادَةً فِي العُقُوبَةِ. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ يُستَرَقُّ مُشرِكُو العَرَبِ، وَجوَابُهُ مَا قُلنَا (وَإِذَا ظُهِرَ عَلَيهِم فَنِسَاؤُهُم وَصِبيَانُهُم فَيءٌ) لأَنَّ أَبَا بَكرٍ الصِّدِّيقَ ﷺ استَرَقَّ نِسوَانَ بَنِي حَنِيفَةَ وَصِبيَانِهِم لَمَّا ارتَدُّوا وَقَسَّمَهُم بَينَ الغَانِمِينَ (وَمَن لَم يُسلم مِن رِجَالِهِم قُتِلَ) لِمَا ذَكَرنَا.

الشرح:

قَال (وَتُوضَعُ الجِزْيَةُ عَلى أَهْلِ الكتَاب) سَوَاءٌ كَانُوا منْ العَرَبِ أَوْ منْ العَجَمِ (لقَوْله تَعَالى: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] وَعَلى المَجُوسِ لأَنَّ «رَسُول الله ﷺ وَضَعَ الجِزْيَةَ عَلى المَجُوسِ» رَوَى البُخَارِيُّ «أَنَّ عُمَرَ ﷺ لَمْ يَكُنْ يَأْخُذُ الجِزْيَةَ مِنْ المَجُوسِ حَتَّى شَهِدَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْف أَنَّ رَسُول الله ﷺ أَخَذَهَا منْ مَجُوسِ هَجَرَ» وَهَجَرُ اسْمُ بَلد فِي البَحْرَيْنِ (**وَعَبَدَة الأَوْثَان منْ العَجَمِ**) وَهُوَ بالجَرِّ عَطْفًا عَلى أَهْل الكتَاب، وَقَيَّدَ بِقَوْله مِنْ العَجَمِ احْتِرَازًا عَنْ عَبَدَة الأَوْثَان منْ العَرَب فَإِنَّهُ لا تُوضَعُ عَلَيْهِمْ الجِزْيَةُ عَلى مَا ذُكرَ فِي الكتَاب (وَفيه خلافُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ) وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ (وَلنَا أَنَّهُ يَجُوزُ اسْترْقَاقُهُمْ) وَكُلُّ مَنْ يَجُوزُ اسْترْقَاقُهُمْ يَجُوزُ ضَرْبُ الجِزْيَة عَليْهِمْ (لأَنَّ كُل وَاحد منْهُمَا يَشْتَملُ عَلى سَلب النَّفْسِ منْهُمْ) أَمَّا الاسْترْقَاقُ فَظَاهِرٌ لأَنَّ نَفْعَ الرَّقيق يَعُودُ إليْنَا جُمْلةً، وَأَمَّا الجِزْيَةُ فَلأَنَّ الكَافرَ يُؤَدِّيهَا منْ كَسْبه، وَالحَالُ أَنَّ نَفَقَتَهُ فِي كَسْبه فَكَانَ إذَا كَسْبُهُ الذي هُوَ سَبَبُ حَيَاته إلى المُسْلمينَ دَارَّةً رَاتبَةً فِي مَعْنَى أَخْذ النَّفْسِ منْهُ حُكْمًا.

وَنُوقضَ بِأَنَّ مَنْ جَازَ اسْترْقَاقُهُ لوْ جَازَ ضَرْبُ الجِزْيَة عَليْه لجَازَ ضَرْبُهَا عَلى النِّسَاء وَالصِّبْيَان وَاللازمُ بَاطلٌ. وَأُجيبَ بِأَنَّ ذَلكَ لمَعْنًى آخَرَ، وَهُوَ أَنَّ الجِزْيَةَ بَدَلُ النُّصْرَة وَلا نُصْرَةَ عَلى المَرْأَة وَالصَّبيِّ فَكَذَا بَدَلُهُ، وَهَذَا ليْسَ بدَافعٍ بَل هُوَ مُقَرِّرٌ للنَّقْضِ. وَالصَّوَابُ أَنَّ قَبُول المَحَل شَرْطُ تَأْثير المُؤَثِّر فَكَانَ مَعْنَى قَوْله وَكُلُّ مَنْ يَجُوزُ اسْترْقَاقُهُمْ يَجُوزُ ضَرْبُ الجِزْيَة عَليْهِمْ إذَا كَانَ المَحَلُّ قَابلا، وَالمَرْأَةُ وَالصَّبيُّ ليْسَا كَذَلكَ لأَنَّ الجِزْيَةَ إنَّمَا تَكُونُ منْ الكَسْب وَهُمَا عَاجزَان عَنْهُ.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ ظَهَرَ عَليْهِمْ) أَيْ عَلى أَهْل الكتَاب وَالمَجُوس وَعَبَدَة الأَوْثَان منْ العَجَمِ (قَبْل ذَلكَ) أَيْ قَبْل وَضْعِ الجِزْيَةِ عَليْهِمْ (فَهُمْ وَنسَاؤُهُمْ وَصبْيَانُهُمْ فَيْءٌ) أَيْ

غَنيمَةٌ للمُسْلمينَ لجَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِمْ (وَلا تُوضَعُ عَلى عَبَدَةِ الأَوْثَانِ منْ العَرَبِ وَلا المُرْتَدِّينَ لأَنَّ كُفْرَهُمَا قَدْ تَغَلَّظَ) عَلى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَكُلُّ مَنْ تَغَلَّظَ كُفْرُهُ لا يُقْبَلُ منْهُ إلا السَّيْفُ أَوْ الإِسْلامُ. (زِيَادَةً فِي العُقُوبَةِ) عَلَيْه. وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: هَذَا مَنْقُوضٌ بِأَهْلِ الكِتَابِ فَإِنَّهُ تَغَلَّظَ كُفْرُهُمْ، فَإِنَّهُمْ عَرَفُوا النَّبِيَّ مَعْرِفَةً تَامَّةً مُمَيِّزَةً مُشَخِّصَةً وَمَعَ ذَلكَ أَنْكَرُوهُ وَغَيَّرُوا اسْمَهُ وَنَعْتَهُ منْ الكُتُبِ وَقَدْ قَبِلَ مِنْهُمْ الجِزْيَةَ. وَأَيْضًا الفصلبَيْنَهُمْ وَبَيْنَ عَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنْ العَرَبِ بِجَوَازِ اسْتِرْقَاقِهِمْ دُونَ عَبَدَةِ الأَوْثَانِ مُخَالفٌ لقَوْله ﷺ يَوْمَ أَوْطَاسٍ: «**لوْ جَرَى رِقٌّ عَلى عَرَبِيٍّ لجَرَى اليَوْمَ**» منْ غَيْرِ فصلبَيْنَ عَبَدَةِ الأَوْثَانِ وَأَهْلِ الكِتَابِ. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ القِيَاسَ كَانَ يَقْتَضِي أَنْ لا تُقْبَلَ مِنْهُمْ الجِزْيَةُ إلا أَنَّهُ تُرِكَ بِالكِتَابِ بِقَوْله تَعَالى: ﴿قَـٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] الآيَةَ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ مُرَادَهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَرَبِيُّ الأَصْلِ، وَأَهْلُ الكِتَابِ وَإِنْ سَكَنُوا فِيمَا بَيْنَ العَرَبِ وَتَوَالدُوا فَهُمْ لَيْسُوا بِعَرَبٍ فِي الأَصْلِ، وَإِنَّمَا العَرَبُ فِي الأَصْلِ عَبَدَةُ الأَوْثَانِ فَإِنَّهُمْ أُمِّيُّونَ.

وَقَوْلُهُ (وَجَوَابُهُ مَا قُلنَا) يُرِيدُ بِه قَوْلهُ لأَنَّ كُفْرَهُمَا قَدْ تَغَلَّظَ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ) أَيْ عَلى عَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنْ العَرَبِ وَالمُرْتَدِّينَ (فَنسَاؤُهُمْ وَصِبْيَانُهُمْ فَيْءٌ) إلا أَنَّ ذَرَارِيَّ المُرْتَدِّينَ وَنِسَاءَهُمْ يُجْبَرُونَ عَلى الإِسْلامِ دُونَ ذَرَارِيِّ عَبَدَةِ الأَوْثَانِ وَنسَائِهِمْ، لأَنَّ الإِجْبَارَ عَلى الإِسْلامِ إنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ ثُبُوتِ حُكْمِ الإِسْلامِ فِي حَقِّه، وَذَرَارِيُّ المُرْتَدِّينَ قَدْ ثَبَتَ فِي حَقِّهِمْ تَبَعًا لآبَائِهِمْ فَيُجْبَرُونَ عَلَيْه. وَالمُرْتَدَّاتُ كُنَّ مُقِرَّاتٍ بِالإِسْلامِ فَيُجْبَرْنَ عَلَيْه، بِخِلافِ ذَرَارِيِّ العَبَدَةِ وَنسَائِهِمْ. وَحَنِيفَةُ أَبُو حَيٍّ منْ العَرَبِ، وَقِيل المُرَادُ بِبَنِي حَنِيفَةَ رَهْطُ مُسَيْلمَةَ الكَذَّابِ (وَقَوْلُهُ لمَا ذَكَرْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله فَلا يُقْبَلُ منْ الفَرِيقَيْنِ إلا الإِسْلامُ أَوْ السَّيْفُ زِيَادَةً فِي العُقُوبَةِ.

(وَلا جِزْيَةَ عَلى امرَأَةٍ وَلا صَبِيٍّ) لأَنَّهَا وَجَبَت بَدَلًا عَن القَتلِ أَو عَن القِتَالِ وَهُمَا لا يُقتَلانِ وَلا يُقَاتِلانِ لعَدَمِ الأَهليَّةِ. قَال (وَلا زَمِنٍ وَلا أَعمَى) وَكَذَا المَفلُوجُ وَالشَّيخُ الكَبِيرُ لمَا بَيَّنَّا. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تَجِبُ إذَا كَانَ لهُ مَالٌ لأَنَّهُ يُقتَلُ فِي الجُملَةِ إذَا كَانَ لهُ رَأيٌ (وَلا عَلى فَقِيرٍ غَيرِ مُعتَمِلٍ) خِلافًا للشَّافِعِيِّ. لهُ إطلاقُ حَدِيثِ مُعَاذٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُ. وَلنَا أَنَّ عُثمَانَ ﷺ لم يُوَظِّفهَا عَلى فَقِيرٍ غَيرِ مُعتَمِلٍ وَكَانَ ذَلكَ بِمَحضَرٍ مِن الصَّحَابَةِ رَضِيَ

اللهُ عَنهُم، وَلأَنَّ خَرَاجَ الأَرضِ لا يُوَظَّفُ عَلى أَرضٍ لا طَاقَةَ لَهَا فَكَذَا هَذَا الخَرجُ، وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلى المُعتَمِلِ (وَلا تُوضَعُ عَلى المَملُوكِ وَالمُكَاتَبِ وَالمُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ) لأَنَّهُ بَدَلٌ عَن القَتلِ فِي حَقِّهِم وَعَن النُّصرَةِ فِي حَقِّنَا، وَعَلى اعتِبَارِ الثَّانِي لا تَجِبُ فَلا تَجِبُ بِالشَّكِّ (وَلا يُؤَدِّي عَنهُم مَوَالِيهِم) لأَنَّهُم تَحَمَّلُوا الزِّيَادَةَ بِسَبَبِهِم (وَلا تُوضَعُ عَلى الرُّهبَانِ الذِينَ لا يُخَالِطُونَ النَّاسَ) كَذَا ذَكَرَ هَاهُنَا. وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُوضَعُ عَلَيهِم إن كَانُوا يَقدِرُونَ عَلى العَمَلِ، وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ. وَجهُ الوَضعِ عَلَيهِم أَنَّ القُدرَةَ عَلى العَمَلِ هُوَ الذِي ضَيَّعَهَا فَصَارَ كَتَعطِيلِ الأَرضِ الخَرَاجِيَّةِ. وَوَجهُ الوَضعِ عَنهُم أَنَّهُ لا قَتلَ عَلَيهِم إذَا كَانُوا لا يُخَالِطُونَ النَّاسَ، وَالجِزيَةُ فِي حَقِّهِم لإِسقَاطِ القَتلِ، وَلا بُدَّ أَن يَكُونَ المُعتَمِلُ صَحِيحًا وَيَكتَفِي بِصِحَّتِهِ فِي أَكثَرِ السَّنَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلا عَنْ القَتْلِ) يَعْنِي فِي حَقِّ المَأْخُوذِ مِنْهُ (أَوْ عَنْ القِتَالِ) أَيْ عَنْ النُّصْرَةِ فِي حَقِّنَا كَمَا تَقَدَّمَ، وَلا يَجِبُ البَدَلُ إلا عَلى مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الأَصْلُ، وَالأَصْلُ وَهُوَ القَتْلُ أَوْ القِتَالُ لا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ المَرْأَةِ وَالصَّبِيِّ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ فَكَذَا البَدَلُ. وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) يَعْنِي قَوْلَهُ وَهُمَا لا يُقْتَلان وَلا يُقَاتِلان. وَقَوْلُهُ (لَهُ إطْلاقُ حَدِيثِ مُعَاذٍ) هُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ**»[1] وَقَوْلُهُ (وَعَلى اعْتِبَارِ الثَّانِي لا تَجِبُ) يَعْنِي أَنَّ الجِزْيَةَ بَدَلٌ عَنْ الأَمْرَيْنِ كَمَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ، وَعَلى اعْتِبَارِ الأَوَّلِ يَجِبُ وَضْعُ الجِزْيَةِ لأَنَّ الأَصْلَ يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ المَمَالِيكِ لأَنَّ المَمْلُوكَ الحَرْبِيَّ يُقْتَلُ فَيَتَحَقَّقُ البَدَلُ أَيْضًا، وَعَلى اعْتِبَارِ الثَّانِي لا يَجِبُ لأَنَّ العَبْدَ لا يَقْدِرُ عَلى النُّصْرَةِ فَلا يَجِبُ عَلَيْهِ بَدَلُهُ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُمْ تَحَمَّلُوا الزِّيَادَةَ بِسَبَبِهِمْ) أَيْ صَارَ مَوَالِيهِمْ بِسَبَبِهِمْ مِنْ صِنْفِ الأَغْنِيَاءِ أَوْ وَسَطِ الحَالِ حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِمْ زِيَادَةٌ عَلى مِقْدَارِ الوَاجِبِ عَلى الفَقِيرِ المُعْتَمِلِ، فَلَوْ قُلْنَا بِوُجُوبِهَا عَلى المَوَالِي بِسَبَبِهِمْ لَكَانَ وُجُوبُ الجِزْيَةِ مَرَّتَيْنِ بِسَبَبِ شَيْءٍ وَاحِدٍ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ. وَقَوْلُهُ (**وَلا تُوضَعُ عَلى الرُّهْبَانِ**) وَاضِحٌ.

(وَمَن أَسلَمَ وَعَلَيهِ جِزيَةٌ سَقَطَت عَنهُ) وَكَذَلِكَ إذَا مَاتَ كَافِرًا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ فِيهِمَا. لَهُ أَنَّهَا وَجَبَت بَدَلا عَن العِصمَةِ أَو عَن السُّكنَى وَقَد وَصَلَ إليهِ المُعَوَّضُ فَلا يَسقُطُ

---

(١) سبق تخريجه.

عَنهُ العِوَضُ بِهَذَا العَارِضِ كَمَا فِي الأُجرَةِ وَالصُّلحِ عَن دَمِ العَمدِ. وَلنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ليسَ عَلَى مُسلمٍ جِزيَةٌ»[(١)] وَلأنَّهَا وَجَبَت عُقُوبَةً عَلَى الكُفرِ وَلهَذَا تُسَمَّى جِزيَةً وَهِيَ وَالجَزَاءُ وَاحِدٌ، وَعُقُوبَةُ الكُفرِ تَسقُطُ بِالإِسلَامِ وَلا تُقَامُ بَعدَ المَوتِ، وَلأَنَّ شَرعَ العُقُوبَةِ فِي الدُّنيَا لا يَكُونُ إِلا لِدَفعِ الشَّرِّ وَقَد اندَفَعَ بِالمَوتِ وَالإِسلَامِ؛ وَلأَنَّهَا وَجَبَت بَدَلا عَن النُّصرَةِ فِي حَقِّنَا وَقَد قَدَرَ عَلَيهَا بِنَفسِهِ بَعدَ الإِسلَامِ. وَالعِصمَةُ تَثبُتُ بِكَونِهِ آدَمِيًّا وَالذِّمِّيُّ يَسكُنُ مِلكَ نَفسِهِ فَلا مَعنَى لِإِيجَابِ بَدَلِ العِصمَةِ وَالسُّكنَى.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَسْلمَ وَعَليْه جِزْيَةٌ سَقَطَتْ عَنْهُ) إذَا أَسْلمَ مَنْ عَليْه الجِزْيَةُ أَوْ مَاتَ كَافِرًا أَوْ عَمِيَ أَوْ صَارَ زَمِنًا أَوْ مُقْعَدًا أَوْ شَيْخًا كَبِيرًا لا يَسْتَطِيعُ العَمَل أَوْ فَقِيرًا لا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ وَبَقِيَتْ عَليْه الجِزْيَةُ سَقَطَتْ عَنْهُ عِنْدَنَا سَوَاءٌ كَانَتْ هَذِه العَوَارِضُ قَبْل اسْتِكْمَال السَّنَة أَوْ بَعْدَهَا (خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ.

لهُ أَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلا عَنْ العِصْمَة أَوْ عَنْ السُّكْنَى وَقَدْ وَصَل إليْه المُعَوَّضُ) وَكُلُّ مَا وَجَبَ بَدَلا عَنْ شَيْءٍ وَقَدْ وَصَل إليْه المُعَوَّضُ (لا يَسْقُطُ عَنْهُ العِوَضُ بِهَذَا العَارِضِ) أَيْ بِالإِسْلامِ أَوْ المَوْت (كَمَا فِي الأُجْرَة وَالصُّلحِ عَنْ دَمِ العَمْد) فَإِنَّ الذِّمِّيَّ إذَا اسْتَوْفَى مَنَافِعَ الدَّارِ المُسْتَأْجَرَة ثُمَّ أَسْلمَ أَوْ مَاتَ لا تَسْقُطُ عَنْهُ الأُجْرَةُ لأَنَّ المُعَوَّضَ قَدْ وَصَل إليْه وَهِيَ مَنَافِعُ الدَّارِ، وَكَذَا إذَا قَتَل الذِّمِّيُّ رَجُلا عَمْدًا ثُمَّ صَالحَ عَنْ الدَّمِ عَلى بَدَلٍ مَعْلُومٍ ثُمَّ أَسْلمَ أَوْ مَاتَ لا يَسْقُطُ عَنْهُ البَدَلُ لأَنَّ المُعَوَّضَ وَهُوَ نَفْسُهُ قَدْ سُلمَ لهُ، وَإِنَّمَا رَدَّدَ فِي قَوْله بَدَلا عَنْ العِصْمَة أَوْ السُّكْنَى لاخْتِلاف العُلمَاء فِي أَنَّ الجِزْيَةَ وَجَبَتْ بَدَلا عَمَّا ذَا؟ فَقَال بَعْضُهُمْ وَجَبَتْ بَدَلا عَنْ العِصْمَة الثَّابِتَة بِعَقْد الذِّمَّة، وَبِه قَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّ اللهَ تَعَالى أَمَرَ بِالقِتَال وَمَدَّهُ إلى غَايَةٍ وَهِيَ إعْطَاءُ الجِزْيَة.

وَقَال بَعْضُهُمْ وَجَبَتْ بَدَلا عَنْ السُّكْنَى فِي دَارِ الإِسْلامِ لأَنَّهُمْ مَعَ الإِصْرَارِ عَلى الشِّرْك لا يَكُونُونَ مِنْ أَهْل دَارِنَا بِاعْتِبَارِ الأَصْل وَإِنَّمَا يَصِيرُونَ مِنْ أَهْل دَارِنَا بِمَا يُؤَدُّونَ مِنْ الجِزْيَة. وَقَال بَعْضُهُمْ: وَجَبَتْ بَدَلا عَنْ النُّصْرَة التِي فَاتَتْ بِإِصْرَارِهِمْ عَلى الكُفْرِ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٥٣)، والترمذي في الزكاة باب ١١، وأحمد (١/٢٢٣، ٢٨٥)، وانظر نصب الراية (٣/٦٨٠).

وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَأُعِيدُهُ هَاهُنَا تَوْضِيحًا وَذَلِكَ لأَنَّهُمْ لَمَّا صَارُوا مِنْ أَهْلِ دَارِنَا بِقَبُولِ الذِّمَّةِ وَلِهَذِهِ الدَّارِ دَارٌ مُعَادِيَةٌ وَجَبَ عَلَيْهِمْ القِيَامُ بِنُصْرَتِهَا، وَلا تَصْلُحُ أَبْدَانُهُمْ لِهَذِهِ النُّصْرَةِ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُمْ يَمِيلُونَ إلى أَهْلِ الدَّارِ المُعَادِيَةِ لاتِّحَادِهِمْ فِي الاعْتِقَادِ فَأَوْجَبَ عَلَيْهِمْ الشَّرْعُ الجِزْيَةَ لِتُؤْخَذَ مِنْهُمْ فَتُصْرَفَ إلى المُقَاتِلَةِ فَتَكُونَ خَلَفًا عَنْ النُّصْرَةِ. قَال شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ الأَصَحُّ، أَلا تَرَى أَنَّ الجِزْيَةَ لا تُؤْخَذُ مِنْ الأَعْمَى وَالشَّيْخِ الفَانِي وَالمَعْتُوهِ وَالمُقْعَدِ مَعَ أَنَّهُمْ مُشَارِكُونَ فِي السُّكْنَى لأَنَّهُ لَمْ يَلزَمْهُمْ أَصْلُ النُّصْرَةِ بِأَبْدَانِهِمْ لوْ كَانُوا مُسْلِمِينَ، فَكَذَلِكَ لا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ مَا هُوَ خَلَفٌ عَنْهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «**لَيْسَ عَلَى مُسْلِمٍ جِزْيَةٌ**» رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، وَهُوَ مُطْلَقٌ فَيَجْرِي عَلى إطْلاقِهِ، بَل الإِنْصَافُ أَنَّ المُرَادَ بِهِ بَعْدَ الإِسْلامِ لأَنَّ كُل أَحَدٍ يَعْلَمُ أَنَّ المُسْلِمَ لا تَكُونُ عَلَيْهِ جِزْيَةٌ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ المُرَادُ بِهِ أَنَّهَا تَسْقُطُ بِالإِسْلامِ، إذْ لوْ لَمْ تَسْقُطْ لصَدَقَ أَنَّ عَلى هَذَا المُسْلِمِ جِزْيَةً.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهَا وَجَبَتْ عُقُوبَةً إلخْ) ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ أَلحَقَ ضَرْبَ الجِزْيَةِ فِيمَا تَقَدَّمَ بِالاسْتِرْقَاقِ بِالمَعْنَى الجَامِعِ بَيْنَهُمَا فَقَال: وَلَنَا أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ فَيَجُوزُ ضَرْبُ الجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ إذْ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلى سَلبِ النَّفْسِ مِنْهُمْ فَكَيْفَ افْتَرَقَا فِي البَقَاءِ حَيْثُ يَبْقَى العَبْدُ رَقِيقًا بَعْدَ الإِسْلامِ وَلا تَبْقَى الجِزْيَةُ بَعْدَهُ مَعَ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا فِي الابْتِدَاءِ يَثْبُتُ بِطَرِيقِ المُجَازَاةِ لِكُفْرِهِمْ؟ وَالجَوَابُ أَنَّ أَدَاءَ الجِزْيَةِ لَمْ يُشْرَعْ إلا بِوَصْفِ الصَّغَارِ، وَمَا شُرِعَ بِوَصْفٍ لا يَبْقَى بِدُونِهِ عَلى مَا عُرِفَ فِي الأُصُول، وَالإِسْلامُ يُنَافِي الصَّغَارَ فَتَسْقُطُ الجِزْيَةُ بِهِ، بِخِلافِ الاسْتِرْقَاقِ فَإِنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ كَذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ (وَالعِصْمَةُ تَثْبُتُ بِكَوْنِهِ آدَمِيًّا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ إنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلا مِنْ العِصْمَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ العِصْمَةَ ثَابِتَةٌ للآدَمِيِّ مِنْ حَيْثُ إنَّهُ آدَمِيٌّ لِمَا مَرَّ أَنَّهُ خُلِقَ مُتَحَمِّلا أَعْبَاءَ التَّكَالِيفِ فَلا يَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ الجِزْيَةُ الطَّارِئَةُ بَدَلا عَنْهَا. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: سَلَّمْنَا أَنَّهَا ثَابِتَةٌ للآدَمِيَّةِ وَلَكِنَّهَا سَقَطَتْ بِالكُفْرِ، فَالجِزْيَةُ تُعِيدُهَا عَلى مَا كَانَتْ فَكَانَتْ بَدَلا. وَالجَوَابُ أَنَّهَا لوْ كَانَتْ بَدَلا عَنْ العِصْمَةِ فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ عَنْ عِصْمَةٍ فِيمَا مَضَى أَوْ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ، لا سَبِيل إلى الأَوَّل وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلا إلى الثَّانِي لأَنَّ الإِسْلامَ يُغْنِي عَنْهَا. وَقَوْلُهُ (وَالذِّمِّيُّ يَسْكُنُ مِلكَ نَفْسِهِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ أَوْ السُّكْنَى، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الذِّمِّيَّ يَمْلِكُ

مَوْضِعَ السُّكْنَى بِالشِّرَاءِ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ الأَسْبَابِ، فَلا يَجُوزُ إِيجَابُ البَدَلِ بِسُكْنَاهُ فِي مَوْضِعٍ مَمْلُوكٍ لَهُ، فَلَوْ كَانَتْ الجِزْيَةُ أُجْرَةً كَانَ وُجُوبُهَا بِالإِجَارَةِ لا مَحَالَةَ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا التَّأْقِيتُ لأَنَّ الإِبْهَامَ يُبْطِلُهَا، وَحَيْثُ لَمْ يُشْتَرَطْ التَّأْقِيتُ فِي السُّكْنَى دَلَّ عَلَى أَنَّ الجِزْيَةَ لَمْ تَكُنْ بِطَرِيقِ الإِجَارَةِ، فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: كَمَا أَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ بَدَلا عَنْ العِصْمَةِ وَالسُّكْنَى فَكَذَلِكَ لا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ بَدَلا عَنْ النُّصْرَةِ أَيْضًا، أَلا تَرَى أَنَّ **الإِمَامَ لَوْ اسْتَعَانَ بِأَهْلِ الذِّمَّةِ فَقَاتَلُوا مَعَهُ** لا تَسْقُطُ عَنْهُمْ جِزْيَةُ تِلْكَ السَّنَةِ، فَلَوْ كَانَتْ بَدَلا عَنْهَا لَسَقَطَتْ لأَنَّهُ قَدْ نَصَرَ بِنَفْسِهِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهَا إِنَّمَا لَمْ تَسْقُطْ لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَلْزَمُ تَغْيِيرُ الْمَشْرُوعِ وَلَيْسَ لِلإِمَامِ ذَلِكَ، وَهَذَا لأَنَّ الشَّرْعَ جَعَلَ طَرِيقَ النُّصْرَةِ فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ الْمَالَ دُونَ النَّفْسِ.

(وَإِن اجتَمَعَت عَليهِ الحَولانِ تَدَاخَلت. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَن لم يُؤخَذ مِنهُ خَرَاجُ رَأسِهِ حَتَّى مَضَت السَّنَةُ وَجَاءَت سَنَةٌ أُخرَى لم يُؤخَذ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: يُؤخَذُ مِنهُ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ (وَإِن مَاتَ عِندَ تَمَامِ السَّنَةِ لم يُؤخَذ مِنهُ فِي قَولِهِم جَمِيعًا، وَكَذَلِكَ إِن مَاتَ فِي بَعضِ السَّنَةِ) أَمَّا مَسأَلَةُ المَوتِ فَقَد ذَكَرنَاهَا. وَقِيل خَرَاجُ الأَرضِ عَلَى هَذَا الخِلافِ. وَقِيل لا تَدَاخُل فِيهِ بِالاتِّفَاقِ. لَهُمَا فِي الخِلافِيَّةِ أَنَّ الخرَاجَ وَجَبَ عِوَضًا، وَالأَعوَاضُ إِذَا اجتَمَعَت وَأَمكَنَ استِيفَاؤُهَا تُستَوفَى، وَقَد أَمكَنَ فِيمَا نَحنُ فِيهِ بَعدَ تَوَالِي السِّنِينَ، بِخِلافِ مَا إِذَا أَسلمَ؛ لأَنَّهُ تَعذَّرَ استِيفَاؤُهُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا وَجَبَت عُقُوبَةً عَلَى الإِصرَارِ عَلَى الكُفرِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا لا يُقبَلُ مِنهُ لو بَعَثَ عَلَى يَدِ نَائِبِهِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَاتِ، بَل يُكَلفُ أَن يَأتِيَ بِهِ بِنَفسِهِ فَيُعطِيَ قَائِمًا، وَالقَابِضُ مِنهُ قَاعِدٌ.

وَفِي رِوَايَةٍ: يَأخُذُ بِتَلبِيبِهِ وَيَهُزُّهُ هَزًّا وَيَقُولُ: أَعطِ الجِزيَةَ يَا ذِمِّيُّ فَثَبَتَ أَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالعُقُوبَاتُ إِذَا اجتَمَعَت تَدَاخَلت كَالحُدُودِ؛ وَلأَنَّهَا وَجَبَت بَدَلا عَن القَتل فِي حَقِّهِم وَعَن النُّصرَةِ فِي حَقِّنَا كَمَا ذَكَرنَا، لكِن فِي المُستَقبَل لا فِي المَاضِي؛ لأَنَّ القَتل إِنَّمَا يُستَوفَى لِحِرَابٍ قَائِمٍ فِي الحَال لا لِحِرَابٍ مَاضٍ، وَكَذَا النُّصرَةُ فِي المُستَقبَل؛ لأَنَّ المَاضِيَ وَقَعَت الغُنيَةُ عَنهُ. ثُمَّ قَولُ مُحَمَّدٍ فِي الجِزيَةِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَجَاءَت سَنَةٌ أُخرَى، حَمَلَهُ بَعضُ المَشَايِخِ عَلَى المُضِيِّ مَجَازًا. وَقَال: الوُجُوبُ بِآخِرِ السَّنَةِ، فَلا بُدَّ مِن المُضِيِّ لِيَتَحَقَّقَ

الاجتِمَاعُ فَتَتَدَاخَل. وَعِندَ البَعضِ هُوَ مُجرَى عَلى حَقِيقَتِهِ، وَالوُجُوبُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ بِأَوَّل الحَول فَيَتَحقَّقُ الاجتِمَاعُ بِمُجَرَّدِ المَجِيءِ وَالأَصَحُّ أَنَّ الوُجُوبَ عِندَنَا فِي ابتِدَاءِ الحَول، وَعِندَ الشَّافِعِيِّ فِي آخِرِهِ اعتِبَارًا بِالزَّكَاةِ. وَلَنَا أَنَّ مَا وَجَبَ بَدَلا عَنهُ لا يَتَحقَّقُ إلا فِي المُستَقبَل عَلى مَا قَرَّرنَاهُ فَتَعَذَّرَ إِيجَابُهُ بَعدَ مُضِيِّ الحَول فَأَوجَبنَاهُ فِي أَوَّلِهِ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ اجْتَمَعَتْ عَلَيْه الحَوْلان) أَنَّثَ فِعْل الحَوْليْنِ، إمَّا بِاعْتِبَار حَذْفِ المُضَافِ: أَيْ اجْتَمَعَتْ جِزْيَةُ الحَوْليْنِ، وَإِمَّا بِتَأْوِيل السَّنَتَيْنِ، وَأَتَى بِعِبَارَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِتَفْصِيلٍ فِي اللفْظِ وَلِإِبْهَامٍ فِي قَوْله وَجَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى عَلى مَا بَيَّنَهُ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ وَقَوْلُهُ (وَقِيل لا تَدَاخُل فِيه بِالاتِّفَاق) يَحْتَاجُ إلى بَيَانِ الفَرْق بَيْنَهُمَا. وَالفَرْقُ أَنَّ الخَرَاجَ فِي حَالة البَقَاءِ مُؤْنَةٌ مِنْ غَيْرِ التِفَات إلى مَعْنَى العُقُوبَة، وَلِهَذَا إذَا **اشْتَرَى المُسْلمُ أَرْضًا خَرَاجِيَّةً** يَجِبُ عَلَيْهِ الخَرَاجُ فَجَازَ أَنْ لا يَتَدَاخَل، بِخِلافِ الجِزْيَة فَإِنَّهَا عُقُوبَةٌ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً وَلِهَذَا لَمْ تُشْرَعْ فِي حَقِّ المُسْلمِ أَصْلا وَالعُقُوبَاتُ تَتَدَاخَلُ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا فِي الخِلافِيَّة) أَيْ فِيمَا إذَا اجْتَمَعَ عَلَيْه الحَوْلانِ (أَنَّ الخَرَاجَ وَجَبَ عِوَضًا) عَلى مَا تَقَدَّمَ وَكُلُّ مَا وَجَبَ عِوَضًا إذَا اجْتَمَعَ وَأَمْكَنَ اسْتِيفَاؤُهُ يُسْتَوْفَى كَمَا فِي سَائِرِ الأَعْوَاضِ وَقَدْ أَمْكَنَ لأَنَّ الفَرْضَ أَنَّهُ حَيٌّ، وَاسْتِيفَاءُ المَال مِنْ الحَيِّ مُمْكِنٌ إذَا لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ الإِسْلامُ (بِخِلافِ مَا إذَا أَسْلمَ) وَقَوْلُهُ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) أَرَادَ بِه مَا ذَكَرَهُ قَبْل هَذَا بِقَوْله وَلأَنَّهَا وَجَبَتْ عُقُوبَةً عَلى الكُفْرِ.

وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: قَدْ تَكَرَّرَ فِي كَلامِهِمْ أَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلا عَنْ النُّصْرَةِ أَوْ السُّكْنَى أَوْ العِصْمَة، وَتَكَرَّرَ أَيْضًا فِيه أَنَّهَا وَجَبَتْ عُقُوبَةً عَلى الكُفْرِ؛ وَمَعْنَى العُقُوبَة غَيْرُ مَعْنَى البَدَليَّة عَنْ شَيْءٍ فَيَلزَمُ تَوَارُدُ عِلتَيْنِ عَلى مَعْلُولٍ وَاحِدٍ بِالشَّخْصِ وَذَلكَ بَاطِلٌ. وَالجَوَابُ عَنْ ذَلكَ أَنَّ كَوْنَهَا عُقُوبَةً لازِمٌ مِنْ لوَازِمِ كَوْنِه بَدَلا عَنْ النُّصْرَةِ لأَنَّ إيجَابَ النُّصْرَةِ لغَيْرِ أَهْل دِينِه يَسْتَلزِمُ عُقُوبَةً لا مَحَالةَ. وَقَوْلُهُ (وَلهَذَا) تَوْضِيحٌ لقَوْله وَجَبَتْ عُقُوبَةً عَلى الإِصْرَارِ عَلى الكُفْرِ وَالتَّلبِيبُ أَخْذُ مَوْضِعِ اللبَبِ مِنْ الثِّيَابِ، وَاللبَبُ مَوْضِعُ القِلادَةِ مِنْ الصَّدْرِ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهَا وَجَبَتْ بَدَلا عَنْ القَتْل) اسْتِدْلالٌ مِنْ جِهَةِ المَلزُومِ، وَمَا تَقَدَّمَ كَانَ

مِنْ جِهَةِ اللازِمِ وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ. وَقَوْلُهُ (حَمَلَهُ بَعْضُ المَشَايِخِ عَلَى المُضِيِّ مَجَازًا) قَال الإِمَامُ فَخْرُ الإِسْلامِ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: اخْتَلَفَ مَشَايِخُنَا فِي قَوْلِه جَاءَتْ سَنَةٌ أُخْرَى؛ فَقَال بَعْضُهُمْ: مَعْنَاهُ مَضَتْ حَتَّى يَتَحَقَّقَ اجْتِمَاعُهُمَا لأَنَّهَا عِنْدَ آخِرِ الحَوْل تَجِبُ، وَهَذَا ضَرْبٌ مِنْ المَجَازِ لأَنَّ مَجِيءَ كُل شَهْرٍ بِمَجِيءِ أَوَّلِه. وَأَقُولُ فِي مُجَوِّزِ المَجَازِ أَنَّ مَجِيءَ الشَّهْرِ يَسْتَلزِمُ مَجِيءَ الآخَرِ لا مَحَالَةَ وَذِكْرُ المَلزُومِ وَإِرَادَةُ اللازِمِ مَجَازٌ. وَقَال بَعْضُهُمْ: مَعْنَاهُ دُخُولُ أَوَّلِهَا لأَنَّ الجِزْيَةَ تَجِبُ بِأَوَّلِ الحَوْلِ وَالتَّأْخِيرُ إِلَى آخِرِهِ تَخْفِيفٌ وَتَأْجِيلٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَلَى هَذَا يَتَحَقَّقُ التَّدَاخُلُ عِنْدَ مُضِيِّ شَهْرٍ بِلا ارْتِكَابِ المَجَازِ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّ القَتْلَ إِنَّمَا يُسْتَوْفَى لِحِرَابٍ قَائِمٍ فِي الحَالِ لا لِحِرَابٍ مَاضٍ إلخْ، وَيَحْتَاجُ إِلَى الجَوَابِ عَنْ الزَّكَاةِ، وَهُوَ أَنَّ الزَّكَاةَ وَجَبَتْ فِي آخِرِ الحَوْلِ لأَنَّهَا تَجِبُ فِي المَالِ النَّامِي وَحَوَلانُ الحَوْلِ هُوَ المُمْكِنُ مِنْ الاسْتِنْمَاءِ لاشْتِمَالِهِ عَلَى الفُصُولِ الأَرْبَعَةِ عَلَى مَا مَرَّ فَلا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ الحَوْلِ لِيَتَحَقَّقَ شَرْطُ وُجُوبِ الأَدَاءِ.

فصل

(وَلا يَجُوزُ إِحدَاثُ بِيعَةٍ وَلا كَنِيسَةٍ فِي دَارِ الإِسلامِ)؛ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا خِصَاءَ فِي الإِسلامِ وَلا كَنِيسَةَ»[1] وَالمُرَادُ إِحدَاثُهَا (وَإِن انهَدَمَت البِيَعُ وَالكَنَائِسُ القَدِيمَةُ أَعَادُوهَا) لأَنَّ الأَبنِيَةَ لا تَبقَى دَائِمًا، وَلَمَّا أَقَرَّهُم الإِمَامُ فَقَد عَهِدَ إِليهِم الإِعَادَةَ إِلا أَنَّهُم لا يُمَكَّنُونَ مِن نَقلِهَا؛ لأَنَّهُ إِحدَاثٌ فِي الحَقِيقَةِ، وَالصَّومَعَةُ لِلتَّخَلي فِيهَا بِمَنزِلَةِ البِيعَةِ، بِخِلافِ مَوضِعِ الصَّلاةِ فِي البَيتِ؛ لأَنَّهُ تَبَعٌ لِلسُّكنَى، وَهَذَا فِي الأَمصَارِ دُونَ القُرَى؛ لأَنَّ الأَمصَارَ هِيَ التِي تُقَامُ فِيهَا الشَّعَائِرُ فَلا تُعَارَضُ بِإِظهَارِ مَا يُخَالِفُهَا. وَقِيل فِي دِيَارِنَا يُمنَعُونَ مِن ذَلكَ فِي القُرَى أَيضًا؛ لأَنَّ فِيهَا بَعضَ الشَّعَائِرِ، وَالمَروِيُّ عَن صَاحِبِ المَذهَبِ فِي قُرَى الكُوفَةِ لأَنَّ أَكثَرَ أَهلِهَا أَهلُ الذِّمَّةِ. وَفِي أَرضِ العَرَبِ يُمنَعُونَ مِن ذَلكَ فِي أَمصَارِهَا وَقُرَاهَا لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «لا يَجتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ العَرَبِ»[2].

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٤١)، وانظر نصب الراية (٣/٦٨٢).

(٢) أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده، وانظر نصب الراية (٣/٦٨٢).

الشرح:

(فصل): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ مَا يَجِبُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ بِسُكْنَاهُمْ فِي دَارِ الإِسْلَامِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يَجُوزُ لَهُمْ أَنْ يَفْعَلُوا مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالسُّكْنَى (**وَلَا يَجُوزُ إِحْدَاثُ بِيعَةٍ وَلَا كَنِيسَةٍ فِي دَارِ الإِسْلَامِ** لِقَوْلِهِ ﷺ: «**لَا خِصَاءَ فِي الإِسْلَامِ وَلَا كَنِيسَةَ**») وَالخِصَاءُ بِكَسْرِ الخَاءِ وَالمَدِّ عَلَى وَزْنِ فِعَالٍ مَصْدَرُ خَصَاهُ: إِذَا نَزَعَ خُصْيَتَيْهِ، وَالإِخْصَاءُ فِي مَعْنَاهُ خَطَأٌ ذَكَرَهُ فِي المُغْرِبِ، وَالمُنَاسَبَةُ بَيْنَ ذِكْرِ الخِصَاءِ وَالكَنِيسَةِ هِيَ أَنَّ إِحْدَاثَ الكَنِيسَةِ فِي دَارِ الإِسْلَامِ إِزَالَةٌ لِفُحُولِيَّةِ أَهْلِ دَارِهِ مَعْنًى، كَمَا أَنَّ الخِصَاءَ إِزَالَةٌ لِفُحُولِيَّةِ الحَيَوَانِ إِنْ كَانَ الخِصَاءُ عَلَى حَقِيقَتِهِ، وَإِنْ كَانَ المُرَادُ بِهِ التَّبَتُّلَ وَالامْتِنَاعَ عَنْ النِّسَاءِ بِمُلَازَمَةِ الكَنَائِسِ فَالمُنَاسَبَةُ ظَاهِرَةٌ، وَالمُرَادُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ " وَلَا كَنِيسَةَ " إِحْدَاثُهَا فَهُوَ نَفْيٌ بِمَعْنَى النَّهْيِ: أَيْ لَا تُحْدَثُ كَنِيسَةٌ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وَيُقَالُ كَنِيسَةُ اليَهُودِ وَالنَّصَارَى لِمُتَعَبَّدِهِمْ، وَكَذَا البِيعَةُ كَانَ مُطْلَقًا فِي الأَصْلِ، ثُمَّ غَلَبَ اسْتِعْمَالُ الكَنِيسَةِ لِمُتَعَبَّدِ اليَهُودِ وَالبِيعَةِ لِمُتَعَبَّدِ النَّصَارَى.

وَقَوْلُهُ (وَالصَّوْمَعَةُ لِلتَّخَلِّي فِيهَا بِمَنْزِلَةِ البِيعَةِ) أَيْ لَا يُمَكَّنُونَ مِنْ إِحْدَاثِ الصَّوْمَعَةِ الَّتِي يَتَخَلَّوْنَ فِيهَا أَيْضًا لِلعِبَادَةِ (بِخِلَافِ مَوْضِعِ الصَّلَاةِ) أَيْ **صَلَاةِ الذِّمِّيِّ** (**فِي البَيْتِ**) فَإِنَّهُمْ يُمَكَّنُونَ مِنْ ذَلِكَ (لِأَنَّهُ تَبَعُ السُّكْنَى) وَقَوْلُهُ (وَالمَرْوِيُّ عَنْ صَاحِبِ المَذْهَبِ) أَيْ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَالمُرَادُ بِالمَرْوِيِّ هُوَ مَا ذَكَرَهُ آنِفًا بِقَوْلِهِ وَهَذَا فِي الأَمْصَارِ دُونَ القُرَى. وَقَوْلُهُ (فِي جَزِيرَةِ العَرَبِ) قِيلَ: إِنَّمَا سُمِّيَتْ أَرْضُ العَرَبِ بِالجَزِيرَةِ لِأَنَّ بَحْرَ فَارِسَ وَبَحْرَ الحَبَشِ وَدِجْلَةَ وَالفُرَاتَ قَدْ أَحَاطَتْ بِهَا.

قَالَ (وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِالتَّمَيُّزِ عَنِ المُسْلِمِينَ فِي زِيِّهِمْ وَمَرَاكِبِهِمْ وَسُرُوجِهِمْ وَقَلَانِسِهِمْ فَلَا يَرْكَبُونَ الخَيْلَ وَلَا يَعْمَلُونَ بِالسِّلَاحِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِإِظْهَارِ الكُسْتِيجَاتِ وَالرُّكُوبِ عَلَى السُّرُوجِ الَّتِي هِيَ كَهَيْئَةِ الأُكُفِّ) وَإِنَّمَا يُؤْخَذُونَ بِذَلِكَ إِظْهَارًا لِلصَّغَارِ عَلَيْهِمْ وَصِيَانَةً لِضَعَفَةِ المُسْلِمِينَ؛ وَلِأَنَّ المُسْلِمَ يُكْرَمُ، وَالذِّمِّيُّ يُهَانُ، وَلَا يُبْتَدَأُ بِالسَّلَامِ وَيُضَيَّقُ عَلَيْهِ الطَّرِيقُ، فَلَو لَمْ تَكُنْ عَلَامَةٌ مُمَيِّزَةٌ فَلَعَلَّهُ يُعَامَلُ مُعَامَلَةَ المُسْلِمِينَ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ وَالعَلَامَةُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ خَيْطًا غَلِيظًا مِنَ الصُّوفِ يَشُدُّهُ عَلَى وَسَطِهِ دُونَ الزُّنَّارِ مِنَ الإِبْرِيسَمِ فَإِنَّهُ جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الإِسْلَامِ. وَيَجِبُ أَنْ

يَتَمَيَّزَ نِسَاؤُهُم عَن نِسَائِنَا فِي الطُّرُقَاتِ وَالحَمَّامَاتِ، وَيُجعَلُ عَلى دُورِهِم عَلامَاتٌ كَي لا يَقِفَ عَلَيهَا سَائِلٌ يَدعُو لَهُم بِالمَغفِرَةِ. قَالُوا: الأَحَقُّ أَن لا يُترَكُوا أَن يَركَبُوا إِلا لِلضَّرُورَةِ. وَإِذَا رَكِبُوا لِلضَّرُورَةِ فَليَنزِلُوا فِي مَجَامِعِ المُسلِمِينَ، فَإِن لَزِمَت الضَّرُورَةُ اتَّخَذُوا سُرُوجًا بِالصِّفَةِ الَّتِي تَقَدَّمَت، وَيُمنَعُونَ مِن لِبَاسٍ يَختَصُّ بِهِ أَهلُ العِلمِ وَالزُّهدِ وَالشَّرَفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**وَيُؤْخَذُ أَهْلُ الذِّمَّةِ بِالتَّمَيُّزِ**) ظَاهِرٌ. وَذَكَرَ رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِكَوْنِهَا كَالتَّفْسِيرِ لِمَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ كَأَنَّهُ قَالَ: وَكَيْفِيَّةُ التَّمَيُّزِ مَا ذَكَرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ إلخ. وَالكَسْتِيجُ خَيْطٌ غَلِيظٌ بِقَدْرِ الأُصْبُعِ يَشُدُّهُ الذِّمِّيُّ فَوْقَ ثِيَابِهِ دُونَ مَا يَتَزَيَّنُونَ بِهِ مِنْ الزَّنَانِيرِ المُتَّخَذَةِ مِنْ الإِبْرَيْسَمِ. وَقَوْلُهُ (صِيَانَةً لِضَعَفَةِ المُسْلِمِينَ) أَيْ الضَّعَفَةِ فِي الدِّينِ لا البَدَنِ: أَيْ يُفْعَلُ ذَلِكَ بِهِمْ لِكَيْ يَكُونُوا فِي أَعْيُنِ المُسْلِمِينَ الذِينَ لَمْ يَتَصَلَّبُوا فِي دِينِ الإِسْلامِ أَذِلاءَ صَاغِرِينَ حَتَّى لا يَمِيلُوا إِلَى الكُفْرِ بِسَبَبِ سِعَتِهِمْ فِي الرِّزْقِ وَالمَلابِسِ وَالمَرَاكِبِ وَرَوْنَقِ حَالِهِمْ.

فَإِنْ قِيلَ: لَمْ يَأْخُذْ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ يَهُودِ المَدِينَةِ وَلا نَصَارَى نَجْرَانَ وَلا مَجُوسِ هَجَرَ بِذَلِكَ فَيَكُونَ بِدْعَةً. أُجِيبَ بِأَنَّهُمْ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ كَانُوا مَعْرُوفِينَ فِي المَدِينَةِ لا يَشْتَبِهُ حَالُهُمْ فَلَمْ يَقَعْ الاحْتِيَاجُ إِلَى ذَلِكَ، ثُمَّ فِي زَمَنِ عُمَرَ ﷺ لَمَّا كَثُرَ النَّاسُ مِمَّنْ يُعْرَفُ مِمَّنْ لا يُعْرَفُ وَقَعَتْ الحَاجَةُ إِلَى ذَلِكَ، فَأَمَرَ بِذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنْ الصَّحَابَةِ وَكَانَ صَوَابًا.

قَالَ ﷺ: «**أَيْنَمَا دَارَ عُمَرُ فَالحَقُّ مَعَهُ**» وَقَوْلُهُ (فَإِنَّهُ جَفَاءٌ فِي حَقِّ أَهْلِ الإِسْلامِ) أَيْ تَرْكُ حُسْنِ العِشْرَةِ بِأَهْلِ الإِسْلامِ لأَنَّ فِي الأَمْرِ لأَهْلِ الذِّمَّةِ بِتَمَيُّزِهِمْ بِمَا يُوجِبُ إِعْزَازَهُمْ مِنْ اتِّخَاذِ الزُّنَّارِ مِنْ الإِبْرَيْسَمِ إِهَانَةً لأَهْلِ الإِسْلامِ، لأَنَّ مَنْ أَعَزَّ عَدُوَّ صَدِيقِهِ فَقَدْ أَهَانَ صَدِيقَهُ مَعْنًى. وَقَوْلُهُ (أَنْ لا يَرْكَبُوا إِلا لِلضَّرُورَةِ) يَعْنِي كَالخُرُوجِ إِلَى الرُّسْتَاقِ وَذَهَابِ المَرِيضِ إِلَى مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ. وَقَوْلُهُ (بِالصِّفَةِ التِي تَقَدَّمَتْ) يَعْنِي كَهَيْئَةِ الأُكُفِّ.

(وَمَن امتَنَعَ مِن الجِزيَةِ أَو قَتَل مُسلِمًا أَو سَبَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَو زَنَى بِمُسلِمَةٍ لَم يُنتَقَض عَهدُهُ) لأَنَّ الغَايَةَ الَّتِي يَنتَهِي بِهَا القِتَالُ التِزَامُ الجِزيَةِ لا أَدَاؤُهَا وَالالتِزَامُ بَاقٍ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: سَبُّ النَّبِيِّ ﷺ يَكُونُ نَقضًا؛ لأَنَّهُ يَنقُضُ إِيمَانَهُ فَكَذَا يَنقُضُ

أَمَانَهُ إذ عقدُ الذِّمّةِ خلفٌ عنهُ. وَلنَا أنّ سَبَّ النّبِيِّ ﷺ كفرٌ منهُ، وَالكُفرُ المُقَارِنُ لا يَمنَعُهُ فَالطَّارِئُ لا يَرفعُهُ. قَال (وَلا يُنقَضُ العَهدُ إلا أن يَلحَقَ بِدَارِ الحَربِ أو يَغلِبُوا عَلى مَوضِعٍ فَيُحَارِبُونَنَا)؛ لأنَّهُم صَارُوا حَربًا عَلينَا فَيُعَرَّى عَقدُ الذِّمّةِ عَن الفَائِدَةِ وَهُوَ دَفعُ شَرِّ الحِرَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ يَنْقُضُ إِيمَانَهُ) يَعْنِي لوْ كَانَ مُسْلمًا وَيَسُبُّ النَّبِيَّ ﷺ وَالعِيَاذُ بِاَللهِ نُقِضَ إِيمَانُهُ (فَكَذَا يُنْقَضُ أَمَانُهُ) وَذِمَّتُهُ.

(وَإِذَا نَقَضَ الذِّمِّيُّ العَهدَ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ المُرتَدِّ) مَعنَاهُ فِي الحُكمِ بِمَوتِهِ بِاللحَاقِ؛ لأنّهُ التَحَقَ بِالأموَاتِ، وَكَذَا فِي حُكمِ مَا حَمَلَهُ مِن مَالِه، إلا أنّهُ لو أُسِرَ يُستَرَقُّ بِخِلافِ المُرتَدِّ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَكَذَا فِي حُكْمِ مَا حَمَلَهُ مِنْ مَاله) يَعْنِي أَنَّ الذِّمِّيَّ إِذَا نَقَضَ العَهْدَ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ وَفِي يَده مَالٌ ثُمَّ ظَهَرَ عَلى دَارِ الحَرْب يَكُونُ فَيْئًا، كَالمُرْتَدِّ إِذَا لَحِقَ بِدَارِ الحَرْب بِمَاله ثُمَّ ظَهَرَ عَلى الدَّارِ كَانَ مَالُهُ فَيْئًا. وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ لوْ أُسر) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله فَهُوَ بِمَنْزِلةِ المُرْتَدِّ: يَعْنِي بِخِلافِ المُرْتَدِّ فَإِنَّهُ لا يُسْتَرَقُّ بَل يُقْتَلُ إِنْ أَصَرَّ عَلى ارْتِدَاده.

فصل

(وَنَصَارَى بَنِي تَغلبَ يُؤخَذُ مِن أَموَالِهِم ضِعفُ مَا يُؤخَذُ مِن المُسلمِينَ مِن الزَّكَاةِ)؛ لأنَّ عُمَرَ رضي الله عنه صَالحَهُم عَلى ذَلكَ بِمَحضَرٍ مِن الصَّحَابَةِ (وَيُؤخَذُ مِن نِسَائِهِم وَلا يُؤخَذُ مِن صِبيَانِهِم) لأنَّ الصُّلحَ وَقَعَ عَلى الصَّدَقَةِ المُضَاعَفَةِ، وَالصَّدَقَةُ تَجِبُ عَليهِنَّ دُونَ الصِّبيَانِ فَكَذَا المُضَاعَفُ. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ لا يُؤخَذُ مِن نِسَائِهِم أَيضًا، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ؛ لأنَّهُ جِزيَةٌ فِي الحَقِيقَةِ عَلى مَا قَال عُمَرُ: هَذِهِ جِزيَةٌ فَسَمُّوهَا مَا شِئتُم، وَلِهَذَا تُصرَفُ مَصَارِفَ الجِزيَةِ وَلا جِزيَةَ عَلى النِّسوَانِ. وَلنَا أَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِهِ الصُّلحُ، وَالمَرأَةُ مِن أَهل وُجُوبِ مِثلهِ عَليهَا وَالمَصرِفُ مَصَالحُ المُسلمِينَ؛ لأنّهُ مَالُ بَيتِ المَال وَذَلكَ لا يَختَصُّ بِالجِزيَةِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يُرَاعَى فِيهِ شَرَائِطُهَا (وَيُوضَعُ عَلى مَولى التَّغلبِيِّ الخَرَاجُ) أَي الجِزيَةُ (وَخَرَاجُ الأرضِ بِمَنزِلَةِ مَولى القُرَشِيِّ) وَقَال زُفَرُ: يُضَاعَفُ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «إنَّ مَولى القَومِ مِنهُم»؛ أَلا تَرَى أَنَّ مَولى الهَاشِمِيِّ يَلحَقُ بِهِ فِي حَقِّ حُرمَةِ

الصَّدَقَةِ. وَلنَا أنَّ هَذَا تَخفِيفٌ وَالمَولى لا يَلحَقُ بالأصل فِيهِ، وَلهَذَا تُوضَعُ الجِزيَةُ عَلى مَولى المُسلِمِ إذَا كَانَ نَصرَانِيًّا، بِخِلافِ حُرمَةِ الصَّدَقَةِ لأنَّ الحُرُمَاتِ تَثبُتُ بِالشُّبُهَاتِ فَألحِقَ المَولى بِالهَاشِمِيِّ فِي حَقِّهِ، وَلا يَلزَمُ مَولى الغَنِيِّ حَيثُ لا تَحرُمُ عَلَيهِ الصَّدَقَةُ، لأنَّ الغَنِيَّ مِن أهلِهَا، وَإنَّمَا الغَنِيُّ مَانِعٌ وَلم يُوجَد فِي حَقِّ المَولى، أمَّا الهَاشِمِيُّ فَلَيسَ بِأهلٍ لِهَذِهِ الصِّلَةِ أصلا لأنَّهُ صِينَ لِشَرَفِهِ وَكَرَامَتِهِ عَن أوسَاخِ النَّاسِ فَألحِقَ بِهِ مَولاهُ.

الشرح:

(**فصل**): ذَكَرَ **نَصَارَى بَنِي تَغْلِبَ** فِي فصل عَلَى حِدَة، لأنَّ لَهُمْ أحْكَامًا مَخْصُوصَةً بِهِمْ تُخَالفُ أحْكَامَ سَائِرِ النَّصَارَى، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَالأَصْلُ فِيهِ مَا ذَكَرَ أَبُو يُوسُفَ فِي كِتَابِ الخَرَاجِ بِإِسْنَاده إلى دَاوُد بْنِ كُرْدُوسٍ عَنْ عُبَادَةَ بْنِ النُّعْمَانِ التَّغْلبيِّ أَنَّهُ قَال لعُمَرَ: يَا أَميرَ المُؤْمِنِينَ إنَّ بَنِي تَغْلبَ مَنْ قَدْ عَلمْت شَوْكَتَهُمْ وَإِنَّهُمْ بِإِزَاءِ العَدُوِّ، فَإِنْ ظَاهَرُوا عَلَيْك العَدُوَّ اشْتَدَّتْ المُؤْنَةُ، فَإِنْ رَأَيْت أَنْ تُعْطِيَهُمْ شَيْئًا فَافْعَل، قَال: فَصَالحَهُمْ عُمَرُ عَلى أَنْ لا يَغْمسُوا أَحَدًا منْ أَوْلادهِمْ فِي النَّصْرَانيَّة، وَتُضَاعَفُ عَلَيْهِم الصَّدَقَةُ، وَعَلى أَنْ تَسْقُطَ الجِزْيَةُ عَنْ رُءوسِهِمْ، فَكُلُّ نَصْرَانِيٍّ منْ بَنِي تَغْلبَ لهُ غَنَمٌ سَائِمَةٌ فَلَيْسَ فِيهَا شَيْءٌ حَتَّى تَبْلُغَ أَرْبَعِينَ، فَإِذَا بَلغَتْ أَرْبَعِينَ شَاةً سَائمَةً فَفِيهَا شَاتَان إلى مائَة وَعِشْرِينَ، فَإِذَا زَادَتْ وَاحِدَةً فَفِيهَا أَرْبَعٌ مِنْ الغَنَمِ، وَعَلى هَذَا الحِسَاب تُؤْخَذُ صَدَقَاتُهُمْ، وَكَذَلكَ الإِبلُ وَالبَقَرُ إذَا وَجَبَ عَلى المُسْلمِ شَيْءٌ فِي ذَلكَ فَعَلى التَّغْلبيِّ مثْلُهُ مَرَّتَيْنِ، وَنِسَاؤُهُمْ كَرِجَالهِمْ فِي الصَّدَقَة، وَأَمَّا الصِّبْيَانُ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ وَكَذَلكَ أَرَاضِيهِمْ التي كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمْ يَوْمَ صُولحُوا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ الضِّعْفُ ممَّا يُؤْخَذُ منْ المُسْلمِينَ. وَقَوْلُهُ (وَالمَرْأَةُ منْ أَهْل وُجُوب مثْله) أَيْ مثْل مَال وَجَبَ بالصُّلح. وَقَوْلُهُ (أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يُرَاعَى فِيهِ شَرَائِطُهَا) أَيْ فِيمَا أُخذَ مِنْهُمْ منْ المُضَاعَفَة شَرَائطُ الجِزْيَة منْ وَصْف الصَّغَارِ كَعَدَمِ القَبُول منْ يَد النَّائِبِ وَالإِعْطَاءِ قَائمًا وَالقَابِضُ قَاعِدٌ، وَأَخْذ التَّلبيب عَلى مَا مَرَّ.

قَوْلُهُ (**وَيُوضَعُ عَلى مَوْلى التَّغْلبيِّ الخَرَاجُ**: أَيْ الجِزْيَةُ وَخَرَاجُ الأَرْض بمَنْزلة مَوْلى القُرَشيِّ) أَيْ لا **تُؤْخَذُ الجِزْيَةُ وَخَرَاجُ الأَرْضِ منْ القُرَشيِّ وَتُؤْخَذُ منْ مُعْتَقه** فَكَذَلكَ هَاهُنَا تُؤْخَذُ الجِزْيَةُ منْ مُعْتَق التَّغْلبيِّ وَإِنْ لمْ تُؤْخَذْ منْ التَّغْلبيِّ (قَوْلُهُ وَلنَا أَنَّ

هَذَا) أيْ أَخْذَ مُضَاعَفِ الزَّكَاةِ (تَخْفِيفٌ) يَعْنِي لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ وَصْفُ الصَّغَارِ بِخِلافِ الجِزْيَةِ (وَالمَوْلَى لا يُلحَقُ بِالأَصْلِ فِيهِ) أيْ فِي التَّخْفِيفِ (وَلِهَذَا) أيْ وَلِكَوْنِ المَوْلَى لا يَلحَقُ بِالأَصْلِ فِي التَّخْفِيفِ (**تُوضَعُ الجِزْيَةُ عَلى مَوْلَى المُسْلِمِ إذَا كَانَ نَصْرَانِيًّا**) وَلَمْ يَلحَقْ بِمَوْلاهُ فِي تَرْكِ الجِزْيَةِ وَإِنْ كَانَ الإِسْلامُ أَعْلى أَسْبَابِ التَّخْفِيفِ وَأَوْلاهَا. فَإِنْ قِيلَ: حُرْمَةُ الصَّدَقَةِ لَيسَتْ بِتَغْلِيظٍ بَل هِيَ تَخْفِيفٌ بِالتَّخْلِيصِ عَنْ التَّدَنُّسِ بِالآثَامِ وَقَدْ أُلحِقَ مَوْلَى الهَاشِمِيِّ فِيهَا بِالهَاشِمِيِّ أَجَابَ بِقَوْلِهِ بِخِلافِ حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ إلخ. وَقَوْلُهُ (فِي حَقِّهِ) أيْ فِيمَا هُوَ حَقُّ مَوْلاهُ وَهُوَ حُرْمَةُ الصَّدَقَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ مَوْلَى الغَنِيِّ لَمْ يُلحَقْ بِهِ فِي حُرْمَةِ الصَّدَقَةِ وَالعِلةُ المَذْكُورَةُ وَهِيَ أَنَّ الحُرُمَاتِ تَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ مَوْجُودَةٌ؟. أَجَابَ بِقَوْلِهِ (لأَنَّ الغَنِيَّ مِنْ أَهْلِهَا) أيْ مِنْ أَهْلِ الصَّدَقَةِ فِي الجُمْلَةِ وَلِهَذَا حَلتْ لهُ إذَا كَانَ عَامِلا (وَإِنَّمَا الغَنِيُّ مَانِعٌ وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ المَوْلَى، وَأَمَّا الهَاشِمِيُّ فَلَيْسَ بِأَهْلٍ لَهَا أَصْلا لأَنَّهُ صِينَ لِشَرَفِهِ. وَكَرَامَتِهِ عَنْ أَوْسَاخِ النَّاسِ فَأُلحِقَ بِهِ مَوْلاهُ) وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: حُرْمَةُ الصَّدَقَةِ عَلى بَنِي هَاشِمٍ تَشْرِيفٌ لَهُمْ، وَفِي إلحَاقِ المَوَالِي بِهِمْ زِيَادَةٌ فِي التَّشْرِيفِ وَحُرْمَتُهَا عَلى الغَنِيِّ لِغِنَاهُ، وَفِي إلحَاقِ مَوْلاهُ بِهِ لا يَزْدَادُ غِنًى، وَلَمْ يَذْكُرْ الجَوَابَ عَمَّا اسْتَدَل بِهِ زُفَرُ مِنْ الحَدِيثِ وَهُوَ أَنَّهُ غَيْرُ مُجْرًى عَلى عُمُومِهِ، فَإِنَّ مَوْلَى الهَاشِمِيِّ لَيْسَ كَهُوَ فِي الكَفَاءَةِ بِالإِجْمَاعِ فَوَجَبَ التَّأْوِيلُ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلى التَّعَاوُنِ وَالتَّنَاصُرِ لأَنَّهُ مِنْ لَوَازِمِهِ، فَإِنَّ الرَّجُل إذَا كَانَ مِنْ القَوْمِ يَقُومُ بِنُصْرَتِهِمْ.

وَقَال شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ: القِيَاسُ فِي الكُل سَوَاءٌ، وَهُوَ أَنْ لا يَلحَقَ مَوْلَى القَوْمِ بِهِمْ إلا أَنَّ وُرُودَ الحَدِيثِ كَانَ فِي حُرْمَةِ **الصَّدَقَةِ عَلى بَنِي هَاشِمٍ**، وَهُوَ مَا رُوِيَ: «أَنَّ أَبَا رَافِعٍ سَأَل رَسُول اللهِ ﷺ: أَتَحِلُّ لهُ الصَّدَقَةُ؟ فَقَال رَسُولُ اللهِ ﷺ: **لا، أَنْتَ مَوْلانَا وَمَوْلَى القَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ**» وَالمَخْصُوصُ مِنْ القِيَاسِ بِالنَّصِّ لا يَلحَقُ بِهِ مَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ مِنْ كُل وَجْهٍ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ فِيهِ النَّصُّ لأَنَّ ذَلكَ كَانَ لإِظْهَارِ فَضِيلةِ قَرَابَةِ رَسُول اللهِ ﷺ فِي إلحَاقِهِمْ مَوْلاهُمْ بِهِمْ وَمَوْلَى التَّغْلبِيِّ لَيْسَ مِنْ ذَلكَ فِي شَيْءٍ.

قَال: (وَمَا جَبَاهُ الإِمَامُ مِن الخَرَاجِ وَمِن أَموَال بَنِي تَغلبَ وَمَا أَهدَاهُ أَهلُ الحَربِ إلى الإِمَامِ وَالجِزيَةُ يُصرَفُ فِي مَصَالحِ المُسلمِينَ كَسَدِّ الثُّغُورِ وَبِنَاءِ القَنَاطِرِ وَالجُسُورِ، وَيُعطَى قُضَاةُ المُسلمِينَ وَعُمَّالُهُم وَعُلمَاؤُهُم مِنهُ مَا يَكفِيهِم، وَيُدفَعُ مِنهُ أَرزَاقُ المُقَاتِلةِ

وَذَرَارِيِّهِم)؛ لأَنَّهُ مَالُ بَيتِ المَال فَإِنَّهُ وَصَل إلى المُسلمِينَ مِن غَيرِ قِتَالٍ وَهُوَ مُعَدٌّ لِمَصَالِحِ المُسلمِينَ وَهَؤُلاءِ عَمَلَتُهُم وَنَفَقَةُ الذَّرَارِيِّ عَلى الآبَاءِ، فَلو لم يُعطَوا كِفَايَتَهُم لاحتَاجُوا إلى الاكتِسَابِ فَلا يَتَفَرَّغُونَ للقِتَال (وَمَن مَاتَ فِي نِصفِ السَّنَةِ فَلا شَيءَ لهُ مِن العَطَاءِ) لأَنَّهُ نَوعُ صِلَةٍ وَليسَ بِدَينٍ؛ وَلهَذَا سُمِّيَ عَطَاءً فَلا يُملكُ قَبل القَبضِ وَيَسقُطُ بِالمَوتِ، وَأَهلُ العَطَاءِ فِي زَمَانِنَا مِثلُ القَاضِي وَالمُدَرِّسِ وَالمُفتِي، وَاللهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَا جَبَاهُ الإِمَامُ) أَيْ جَمَعُهُ، وَالثُّغُورُ جَمْعُ ثَغْرٍ وَهُوَ مَوْضِعُ مَخَافَةِ البُلْدَانِ، وَالقَنْطَرَةُ مَا لا يُرْفَعُ، وَالجِسْرُ مَا يُرْفَعُ. (قَوْلُهُ وَهَؤُلاءِ عَمَلَتُهُمْ) أَيْ القُضَاةُ وَعُمَّالُهُمْ وَالعُلَمَاءُ عَمَلَةُ المُسْلِمِينَ وَالعَمَلَةُ جَمْعُ عَامِلٍ (قَوْلُهُ فَلا شَيْءَ لَهُ مِنْ العَطَاءِ) العَطَاءُ مَا يُكْتَبُ للغُزَاةِ فِي الدِّيوَانِ وَلِكُل مَنْ قَامَ بِأَمْرٍ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ كَالقَاضِي وَالمُفْتِي وَالمُدَرِّسِ، وَفِي الابْتِدَاءِ كَانَ يُعْطِي كُل مَنْ كَانَ لَهُ ضَرْبُ مَزِيَّةٍ فِي الإِسْلامِ كَأَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ وَأَوْلادِ المُهَاجِرِينَ وَالأَنْصَارِ، وَكَذَلِكَ لوْ مَاتَ فِي آخِرِ السَّنَةِ لا يُورَثُ العَطَاءُ لأَنَّهُ صِلَةٌ فَلا يُمْلكُ قَبْل القَبْضِ وَإِنَّمَا وَضَعَ المَسْأَلةَ فِي نِصْفِ السَّنَةِ، لأَنَّهُ لوْ مَاتَ فِي آخِرِ السَّنَةِ يُسْتَحَبُّ صَرْفُ ذَلكَ إلى قَرِيبِهِ لأَنَّهُ قَدْ أَوْفَى عَنَاءَهُ فَيُسْتَحَبُّ الصَّرْفُ إلى قَرِيبِهِ لِيَكُونَ أَقْرَبَ إلى الوَفَاءِ.

بَابُ أَحكَامِ المُرتَدِّينَ

قَال (وَإِذَا ارتَدَّ المُسلمُ عَن الإِسلامِ وَالعِيَاذُ بِاللهِ عُرِضَ عَليهِ الإِسلامُ، فَإِن كَانَت لهُ شُبهَةٌ كُشِفَت عَنهُ) لأَنَّهُ عَسَاهُ اعتَرَتهُ شُبهَةٌ فَتُزَاحُ، وَفِيهِ دَفعُ شَرِّهِ بِأَحسَنِ الأَمرَينِ، إلا أَنَّ العَرضَ عَلى مَا قَالُوا غَيرُ وَاجِبٍ؛ لأَنَّ الدَّعوَةَ بَلغَتهُ. قَال (وَيُحبَسُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِن أَسلمَ وَإِلا قُتِل. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: المُرتَدُّ يُعرَضُ عَليهِ الإِسلامُ فَإِن أَبَى قُتِل) وَتَأوِيلُ الأَوَّل أَنَّهُ يَستَمهِلُ فَيُمهَلُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ لأَنَّهَا مُدَّةٌ ضُرِبَت لإِبلاءِ الأَعذَارِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُستَحَبُّ أَن يُؤَجِّلهُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ طَلبَ ذَلكَ أَو لم يَطلُب. وَعَن الشَّافِعِيِّ أَنَّ عَلى الإِمَامِ أَن يُؤَجِّلهُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ، وَلا يَحِلُّ لهُ أَن يَقتُلهُ قَبل ذَلكَ؛ لأَنَّ ارتِدَادَ المُسلمِ يَكُونُ عَن شُبهَةٍ ظَاهِرًا فَلا بُدَّ مِن مُدَّةٍ يُمكِنُهُ التَّأَمُّلُ فَقَدَّرنَاهَا بِالثَّلاثَةِ. وَلنَا قَولُه تَعَالى: ﴿ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ ﴾ [التوبة: ٥] مِن غَيرِ قَيدِ الإِمهَال، وَكَذَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ

وَالسَّلامُ: «مَن بَدَّل دِينَهُ فَاقتُلُوهُ»(١) وَلأَنَّهُ كَافِرٌ حَربِيٌّ بَلغَتهُ الدَّعوَةُ فَيُقتَلُ للحَال مِن غَيرِ استِمهَالٍ، وَهَذَا؛ لأَنَّهُ لا يَجُوزُ تَأخِيرُ الوَاجِبِ لأَمرٍ مَوهُومٍ، وَلا فَرقَ بَينَ الحُرِّ وَالعَبدِ لإِطلاقِ الدَّلائِل. وَكَيفِيَّةُ تَوبَتِهِ أَن يَتَبَرَّأَ عَن الأَديَانِ كُلِهَا سِوَى الإِسلامِ؛ لأَنَّهُ لا دِينَ لهُ، وَلو تَبَرَّأَ عَمَّا انتَقَل إليهِ كَفَاهُ لحُصُول المَقصُودِ.

الشرح:

(بَابُ أَحكَامِ المُرتَدِّينَ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الكُفْرِ الأَصْليِّ ذَكَرَ فِي هَذَا البَابِ أَحْكَامَ الكُفْرِ الطَّارِئِ، لأَنَّ الطَّارِئَ إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ وُجُودِ الأَصْليِّ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (إِلا أَنَّ العَرْضَ عَلى مَا قَالُوا غَيْرُ وَاجِبٍ) ظَاهِرُ المَذْهَبِ. قَال فِي الإِيضَاحِ: وَيُسْتَحَبُّ **عَرْضُ الإِسْلامِ عَلى المُرْتَدِّينَ**، هَكَذَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ لأَنَّ رَجَاءَ العَوْدِ إلى الإِسْلامِ ثَابِتٌ لاحْتِمَال أَنَّ الرِّدَّةَ كَانَتْ بِاعْتِرَاضِ شُبْهَةٍ. وَقَوْلُهُ (وَتَأْوِيلُ الأَوَّل) يَعْنِي بِه قَوْلَهُ وَيُحْبَسُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ (أَنَّهُ يُسْتَمْهَلُ) أَيْ يَطْلُبُ المُهْلَةَ فَيُحْبَسُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَطْلُبْ فَالظَّاهِرُ مِنْ حَاله أَنَّهُ مُتَعَنِّتٌ فِي ذَلكَ فَلا بَأْسَ بِقَتْله، إلا أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يُسْتَتَابَ لأَنَّهُ بِمَنْزِلة كَافِرٍ بَلغَتْهُ الدَّعْوَةُ. فَإِنْ قِيل: تَقْدِيرُ المُدَّة هَاهُنَا بِثَلاثَة أَيَّامٍ نَصَبَ الحُكْمَ بِالرَّأْيِ فِيمَا لا مَدْخَل لهُ فِيه لأَنَّهُ مِنْ المَقَادِير. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا مِنْ قَبِيل إِثْبَات الحُكْمِ بِدَلالة النَّصِّ، لأَنَّ وُرُودَ النَّصِّ فِي خِيَارِ البَيْعِ بِثَلاثَة أَيَّامٍ وَرَدَ فِيه، لأَنَّ التَّقْدِيرَ بِثَلاثَة أَيَّامٍ هُنَاكَ إِنَّمَا كَانَ للتَّأَمُّل، وَالتَّقْدِيرُ بِهَا هَاهُنَا أَيْضًا للتَّأَمُّل. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ) بَيَانُهُ أَنَّهُ كَافِرٌ حَرْبِيٌّ لا مَحَالةَ وَليْسَ بِمُسْتَأْمَنٍ لأَنَّهُ لَمْ يَطْلُبْ الأَمَانَ وَلا ذِمِّيٌّ لأَنَّهُ لَمْ تُقْبَل مِنْهُ الجِزْيَةُ فَكَانَ حَرْبِيًّا. وَقَوْلُهُ (لإِطْلاق الدَّلائل) يَعْنِي قَوْله تَعَالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وَقَوْلُهُ عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**مَنْ بَدَّل دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ**» (وَكَيْفِيَّةُ تَوْبَته أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنْ الأَدْيَانِ كُلها) يَعْنِي بَعْدَ الإِتْيَان بِالشَّهَادَتَيْنِ.

قَال (فَإِن قَتَلهُ قَاتِلٌ قَبل عَرضِ الإِسلامِ عَليهِ كُرِهَ، وَلا شَيءَ عَلى القَاتِل) وَمَعنَى الكَرَاهِيَةِ هَاهُنَا تَركُ المُستَحَبِّ وَانتِفَاءُ الضَّمَانِ؛ لأَنَّ الكُفرَ مُبِيحٌ للقَتل، وَالعَرضُ بَعدَ بُلُوغِ الدَّعوَةِ غَيرُ وَاجِبٍ.

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد باب ١٤٩، واستتابة المرتدين باب ٢ عن ابن عباس، وانظر نصب الراية (٣/٦٨٦).

(وَأَمَّا الْمُرتَدَّةُ فَلا تُقتَلُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ تُقتَلُ لَمَا رَوَينَا؛ وَلأَنَّ رِدَّةَ الرَّجُل مُبِيحَةٌ لِلقَتل مِن حَيثُ إِنَّهُ جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ فَتُنَاطُ بِهَا عُقُوبَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ وَرِدَّةُ المَرأَةِ تُشَارِكُهَا فِيهَا فَتُشَارِكُهَا فِي مُوجِبِهَا. وَلنَا «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن قَتلِ النِّسَاءِ»، وَلأَنَّ الأَصل تَأخِيرُ الأَجزِيَةِ إِلى دَارِ الآخِرَةِ إِذ تَعجِيلُهَا يُخِلُّ بِمَعنَى الابتِلاءِ، وَإِنَّمَا عُدِل عَنهُ دَفعًا لِشَرٍّ نَاجِزٍ وَهُوَ الحِرَابُ، وَلا يَتَوَجَّهُ ذَلِكَ مِن النِّسَاءِ؛ لِعَدَمِ صَلاحِيَّةِ البِنيَةِ، بِخِلافِ الرِّجَال فَصَارَت الْمُرتَدَّةُ كَالأَصلِيَّةِ قَال (وَلَكِن تُحبَسُ حَتَّى تُسلِمَ)؛ لأَنَّهَا امتَنَعَت عَن إِيفَاءِ حَقِّ اللهِ تَعَالَى بَعدَ الإِقرَارِ فَتُجبَرُ عَلَى إِيفَائِهِ بِالحَبسِ كَمَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَتُجبَرُ المَرأَةُ عَلَى الإِسلامِ حُرَّةً كَانَت أَو أَمَةً. وَالأَمَةُ يُجبِرُهَا مَولاهَا) أَمَّا الجَبرُ فَلِمَا ذَكَرنَا، وَمِن الْمَولَى؛ لِمَا فِيهِ مِن الجَمعِ بَينَ الحَقَّينِ، وَيُروَى تُضرَبُ فِي كُل أَيَّامٍ مُبَالغَةً فِي الحَمل عَلَى الإِسلامِ.

الشرح:

(وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ فَلا تُقتَل) فَإِنْ قَتَلهَا رَجُلٌ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً. قَال فِي النِّهَايَة: كَذَا فِي المَبْسُوط. وَقَوْلُهُ (لَمَا رَوَيْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَنْ بَدَّل دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ» وَهَذِهِ الكَلِمَةُ تَعُمُّ الرِّجَال وَالنِّسَاءَ كَقَوْله تَعَالى: ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ ﴾ [البقرة: ١٨٥] وَلأَنَّ رِدَّةَ الرَّجُل مُبِيحَةٌ للقَتْل مِنْ حَيْثُ إنَّهَا جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ) وَكُلُّ مَا هُوَ جِنَايَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ (يُنَاطُ بِهَا عُقُوبَةٌ مُتَغَلِّظَةٌ، وَرِدَّةُ المَرْأَة تُشَارِكُ رِدَّةَ الرَّجُل فِي هَذِه العلة فَيَجِبُ أَنْ تُشَارِكَهَا فِي مُوجَبِهَا) لأَنَّ الاشْتِرَاكَ فِي العلة يُوجِبُ الاشْتِرَاكَ فِي المَعْلُول وَصَارَ كَالزِّنَا وَشُرْبِ الخَمْرِ وَالسَّرِقَة، وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّهُ إثْبَاتُ مَا يُدْرَأُ بالرَّأْي وَلَنَا «أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ قَتْل النِّسَاء» وَلأَنَّ القَتْل جَزَاءُ الكُفْر (وَالأَصْلُ فِي الأَجْزِيَة تَأْخِيرُهَا إلى دَارِ الجَزَاءِ وَهِيَ الآخِرَةُ لأَنَّ تَعْجِيلهَا يُخِلُّ بِمَعْنَى الابْتِلاء) الذي هُوَ مِنْ الله تَعَالى إظْهَارُ علمه لأَنَّ النَّاسَ يَمْتَنِعُونَ خَوْفًا مِنْ لُحُوقِه فَصَارُوا فِي المَعْنَى كَالمَجْبُورِينَ وَفِيه إخْلالٌ بالابْتِلاء (وَإِنَّمَا عُدِل عَنْهُ) أَيْ عَنْ هَذَا الأَصْل إلى تَعْجِيل بَعْضِهَا (دَفْعًا لشَرٍّ نَاجِزٍ وَهُوَ الحِرَابُ، وَلا يَتَوَجَّهُ ذَلكَ فِي النِّسَاء) لأَنَّ بِنْيَتَهُنَّ غَيْرُ صَالِحَة لذَلكَ (بخِلاف الرِّجَال فَصَارَتْ المُرْتَدَّةُ كَالأَصْليَّة) وَالكَافِرَةُ الأَصْليَّةُ لا تُقْتَلُ فَكَذَا المُرْتَدَّةُ.

وَمَا قِيل «إنَّ رَسُول الله ﷺ قَتَل مُرْتَدَّةً» فَقَدْ قِيل إنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لَمْ يَقْتُلهَا بِمُجَرَّدِ الرِّدَّةِ بَل لأَنَّهَا كَانَتْ سَاحِرَةً شَاعِرَةً تَهْجُو رَسُول الله ﷺ وَكَانَ لَهَا ثَلاثُونَ ابْنًا وَهِيَ تُحَرِّضُهُمْ عَلى قِتَال رَسُول الله ﷺ فَأَمَرَ بِقَتْلهَا. وَالجَوَابُ عَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُجْرًى عَنْ ظَاهِرِهِ لأَنَّ التَّبْدِيل يَتَحَقَّقُ مِنْ الكَافِرِ إذَا أَسْلَمَ، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ عَامٌّ لَحِقَهُ خُصُوصٌ فَيُخَصَّصُ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ بِمَا ذَكَرْنَا فِي المَعْنَى، وَقَوْلُهُ (وَلَكِنْ تُحْبَسُ) ظَاهِرٌ وَأَعَادَ رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لاشْتِمَالِهَا عَلَى ذِكْرِ الجَبْرِ وَالحُرَّةِ وَالأَمَةِ. وَقَوْلُهُ (وَالأَمَةُ يُجْبِرُهَا مَوْلاهَا) قَال أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: إذَا ارْتَدَّتْ **الأَمَةُ وَاحْتَاجَ المَوْلى إلى خِدْمَتِهَا** دُفِعَتْ إليْهِ وَأَمَرَهُ القَاضِي أَنْ يُجْبِرَهَا عَلى الإِسْلامِ.

قَال المُصَنِّفُ (أَمَّا الجَبْرُ فَلِمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي أَنَّهَا امْتَنَعَتْ عَنْ إيفَاءِ حَقِّ الله تَعَالى بَعْدَ الإِقْرَارِ (وَمِنْ المَوْلى لِمَا فِيهِ مِنْ الجَمْعِ بَيْنَ الحَقَّيْنِ) أَيْ الجَبْرِ وَالاسْتِخْدَامِ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ فِي الكِتَابِ حَاجَةُ المَوْلى إلى خِدْمَتِهَا وَهِيَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَشَرَطَهَا فِي رِوَايَةٍ. قَال فَخْرُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللهُ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا تُدْفَعُ إلى المَوْلى احْتَاجَ إليْهَا أَوْ اسْتَغْنَى. وَقَال: وَكَذَلِكَ لا يُشْتَرَطُ طَلَبُ المَوْلى. فَإِنْ قِيل: لِلمَوْلى حَقُّ الاسْتِخْدَامِ فِي العَبْدِ وَالأَمَةِ جَمِيعًا فَكَيْفَ دُفِعَتْ إليْهِ الأَمَةُ دُونَ العَبْدِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ العَبْدَ إذَا أَبَى قُتِل فَلا فَائِدَةَ فِي الدَّفْعِ إلى المَوْلى

قال (وَيَزُولُ مِلكُ المُرتَدِّ عَن أَموَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوَالا مُرَاعًى، فَإِن أَسلمَ عَادَت عَلى حَالهَا، قَالُوا: هَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَة، وَعِندَهُمَا لا يَزُولُ مِلكُهُ)؛ لأَنَّهُ مُكَلفٌ مُحتَاجٌ، فَإِلى أَن يُقتَل يَبقَى مِلكُهُ كَالمَحكُومِ عَليهِ بِالرَّجمِ وَالقِصَاصِ.

وَلهُ أَنَّهُ حَربِيٌّ مَقهُورٌ تَحتَ أَيدِينَا حَتَّى يُقتَل، وَلا قَتل إلا بِالحِرَابِ، وَهَذَا يُوجِبُ زَوَال مِلكِهِ وَمَالكِيَّتِهِ، غَيرَ أَنَّهُ مَدعُوٌّ إلى الإِسلامِ بِالإِجبَارِ عَليهِ وَيُرجَى عَودُهُ إليهِ فَتَوَقَّفنَا فِي أَمرِهِ، فَإِن أَسلمَ جُعِل العَارِضُ كَأَن لم يَكُن فِي حَقِّ هَذَا الحُكمِ وَصَارَ كَأَن لم يَزَل مُسلمًا وَلم يَعمَل السَّبَبُ، وَإِن مَاتَ أَو قُتِل عَلى رِدَّتِهِ أَو لحِقَ بِدَارِ الحَربِ وَحُكِمَ بِلحَاقِهِ استَقَرَّ كُفرُهُ فَيَعمَلُ السَّبَبُ عَمَلهُ وَزَال مِلكُهُ.

الشرح:

قَال (وَيَزُولُ مِلكُ المُرْتَدِّ عَنْ أَمْوَالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوَالا مُرَاعًى) أَيْ مَوْقُوفًا إلى أَنْ يَتَبَيَّنَ

حَالُهُ، فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ عَلى حَالهَا، قَالُوا) أَيْ المَشَايِخُ (هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا لا يَزُولُ لأَنَّهُ مُكَلفٌ مُحْتَاجٌ) وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلكَ يَجبُ عَدَمُ زَوَال ملكه لأَنَّهُ لا يَتمَكَّنُ مِنْ إقَامَةِ مُوجَبِ التَّكْليف إلا بالملك، فَيَبْقَى ملكُهُ (إلى أَنْ يُقْتَل كَالَمحْكُوم عَليْه بالرَّجْمِ وَالقِصَاصِ) وَالجَامِعُ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمْ مُكَلفٌ مُبَاحُ الدَّمِ (وَلهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدينَا) بدَليل أَنَّهُ يُقْتَلُ (وَلا قَتْل إلا بالحِرَاب) فَكَانَ القَتْلُ هَاهُنَا مُسْتَلزِمًا للحِرَاب لأَنَّ نَفْسَ الكُفْرِ لَيسَ بِمُبِيحٍ لهُ وَلهَذَا لا يُقْتَلُ الأَعْمَى وَالمُقْعَدُ وَالشَّيْخُ الفَانِي، وَقَدْ تَحقَّقَ المَلزُومُ بالاتِّفَاق وَهُوَ كَوْنُهُ مِمَّنْ يَقْتُلُ فَلا بُدَّ مِنْ لازِمِهِ وَهُوَ كَوْنُهُ حَرْبِيًّا (وَهَذَا) أَيْ كَوْنُهُ حَرْبِيًّا مَقْهُورًا تَحْتَ أَيْدينا (يُوجِبُ زَوَال ملكه وَمَالكيَّته) لأَنَّ المَقْهُوريَّةَ أَمَارَةُ المَمْلُوكيَّة، فَإِذَا كَانَ مَقْهُورًا ارْتَفَعَتْ مَالكيَّتُهُ، وَارْتفَاعُهَا يَسْتَلزِمُ ارْتفَاعَ الملك لأَنَّ ارْتفَاعَ المَالكيَّة مَعَ بَقَاءِ الملك مُحَالٌ (غَيْرَ أَنَّهُ مَدْعُوٌّ إلى الإسْلامِ بالإِجْبَارِ عَلَيْه وَعَوْدُهُ مَرْجُوٌّ) وَذَلكَ يُوجِبُ بَقَاءَ المَالكيَّة لأَنَّهُ حَيٌّ مُكَلفٌ يَحْتَاجُ إلى مَا يَتَمكَّنُ به مِنْ أَدَاء مَا كُلفَ به، فَبالنَّظَرِ إلى الأَوَّل يَزُولُ مِلكُهُ، وَبالنَّظَرِ إلى الثَّاني لا يَزُولُ (فَتَوَقَّفْنَا فِي أَمْرِهِ) وَقُلنَا بزَوَالٍ مَوْقُوف.

(فَإِنْ أَسْلَمَ جُعِل العَارِضُ كَأَنْ لمْ يَكُنْ فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ وَصَارَ كَأَنْ لمْ يَزَل مُسْلمًا وَلمْ يَعْمَل السَّبَبُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتل عَلى رِدَّته أَوْ لحقَ بدَارِ الحَرْبِ وَحُكمَ بلحَاقه استَقرَّ كُفْرُهُ فَعَمِل السَّبَبُ عَمَلهُ وَزَال ملكُهُ) لا يُقَالُ: إذَا كَانَ كَذَلكَ كَانَ الوَاجِبُ أَنْ لا يَخْرُجَ المَالُ عَنْ ملكه كَمَا هُوَ مُقْتَضَى هَذَا الدَّليل فِي غَيْرِ هَذَا المَوْضِع. لأَنَّا نَقُولُ: ذَلكَ مُقْتَضَاهُ إذَا تَسَاوَى الجهَتَان وَأَفْضَى إلى الشَّكِّ، وَهَاهُنَا لَيسَ كَذَلكَ، فَإِنَّ جهَةَ الخُرُوجِ ظَنٌّ وَجهَةَ عَدَمه دُونَهُ فَيلزَمُ التَّوَقُّفُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بقَوْله فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ احْترَازًا عَنْ إحْبَاط طَاعَاته وَوُقُوعِ الفُرْقَة بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَته وَتَجْديد الإِيمَان، فَإِنَّ الارْتدَادَ بالنِّسْبَة إليْهَا قَدْ عَمل عَمَلهُ.

قَال (وَإِن مَاتَ أَو قُتِل عَلى رِدَّتِهِ انتَقَل مَا اكتَسَبَهُ فِي إسلامِهِ إلى وَرَثَتِهِ المُسلمِينَ، وَكَانَ مَا اكتَسَبَهُ فِي حَال رِدَّتِهِ فَيئًا) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: كِلاهُمَا لورَثَتِهِ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: كِلاهُمَا فَيءٌ؛ لأَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا وَالمُسلمُ لا يَرِثُ الكَافِرَ، ثُمَّ هُوَ مَالُ حَربِيٍّ لا أَمَانَ لهُ فَيَكُونُ فَيئًا. وَلهُمَا أَنَّ مِلكَهُ فِي الكَسبَينِ بَعدَ الرِّدَّةِ بَاقٍ عَلى

مَا بَيَّنَّاهُ فَيَنتَقِلُ بِمَوتِهِ إلى وَرَثَتِهِ وَيَستَنِدُ إلى مَا قُبَيل رِدَّتِهِ إذ الرِّدَّةُ سَبَبُ المَوتِ فَيكُونُ تَورِيثَ المُسلمِ مِن المُسلمِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُمكِنُ الاستِنَادُ فِي كَسبِ الإِسلامِ لوُجُودِهِ قَبلَ الرِّدَّةِ، وَلا يُمكِنُ الاستِنَادُ فِي كَسبِ الرِّدَّةِ لعَدَمِهِ قَبلهَا وَمِن شَرطِهِ وُجُودُهُ، ثُمَّ إنَّمَا يَرِثُهُ مَن كَانَ وَارِثًا لهُ حَالةَ الرِّدَّةِ وَبَقِيَ وَارِثًا إلى وَقتِ مَوتِهِ فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي حَنِيفَةَ اعتِبَارًا للاستِنَادِ. وَعَنهُ أَنَّهُ يَرِثُهُ مَن كَانَ وَارِثًا لهُ عِندَ الرِّدَّةِ، وَلا يَبطُلُ استِحقَاقُهُ بِمَوتِهِ بَل يَخلُفُهُ وَارِثُهُ؛ لأَنَّ الرِّدَّةَ بِمَنزِلةِ المَوتِ. وَعَنهُ أَنَّهُ يُعتَبَرُ وُجُودُ الوَارِثِ عِندَ المَوتِ لأَنَّ الحَادِثَ بَعدَ انعِقَادِ السَّبَبِ قَبلَ تَمَامِهِ كَالحَادِثِ قَبلَ انعِقَادِهِ بِمَنزِلةِ الوَلدِ الحَادِثِ مِن المَبِيعِ قَبلَ القَبضِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِل عَلى رِدَّته) أَعَادَهُ لأَنَّهُ لفْظُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَالأَوَّلُ كَانَ لفْظُهُ ذَكَرَهُ شَرْحًا للكَلامِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هُوَ مَالُ حَرْبِيٍّ فَيَكُونُ فَيْئًا) يَعْنِي يُوضَعُ فِي بَيْتِ المَال ليَكُونَ للمُسْلمِينَ باعْتبَارِ أَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إلى قَوْله لأَنَّهُ مُكَلفٌ مُحْتَاجٌ إلخْ. وَقَوْلُهُ (وَيَسْتَنِدُ) يَعْنِي التَّوْرِيثَ (إلى مَا قُبَيْل رِدَّته) فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ اكْتَسَبَهُ فِي حَال الإِسْلامِ فَوَرِثَهُ وَرَثَتُهُ مِنْهُ مِنْ وَقْت الإِسْلامِ وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُمْكِنُ الاسْتِنَادُ) أَيْ اسْتِنَادُ التَّوْرِيث (فِي كَسْب الإِسْلامِ لوُجُوده) أَيْ لوُجُود الكَسْبِ (قَبْل الرِّدَّة، وَلا يُمْكِنُ الاسْتِنَادُ فِي كَسْب الرِّدَّة لعَدَمه قَبْلهَا) أَيْ لعَدَمِ الكَسْبِ قَبْل الرِّدَّة (وَمِنْ شَرْطه وُجُودُهُ) قَبْلهَا أَيْ وَمِنْ شَرْطِ اسْتِنَادِ التَّوْرِيثِ وُجُودُ الكَسْبِ قَبْل الرِّدَّة ليَكُونَ فِيه تَوْرِيثُ المُسْلمِ مِنْ المُسْلمِ.

لأَنَّا لوْ قُلنَا بالتَّوْرِيث فِيمَا اكْتَسَبَهُ فِي حَال الرِّدَّة لزِمَ تَوْرِيثُ المُسْلمِ مِنْ الكَافِرِ وَذَلكَ لا يَجُوزُ (ثُمَّ إِنَّمَا يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لهُ حَالةَ الرِّدَّة وَبَقِيَ وَارِثًا إلى وَقْت مَوْته) حَتَّى لوْ **حَدَثَ لهُ وَارِثٌ بَعْدَ الرِّدَّة بِأَنْ أَسْلمَ بَعْضُ قَرَابَته أَوْ وَلدٌ لهُ مِنْ عُلُوق حَادِث بَعْدَ رِدَّته** لا يَرِثُهُ (فِي رِوَايَة عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) وَهِيَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْهُ (اعْتبَارًا للاسْتنَاد) يَعْنِي أَنَّ الرِّدَّةَ يَثْبُتُ بهَا الإِرْثُ بَعْدَ وُجُود الأَشْيَاء الثَّلاثَة المَوْت وَالقَتْل وَالحُكْمِ بلحَاقه بدَارِ الحَرْب، وَإِنْ لمْ يَثْبُتْ قَبْل وُجُودهَا، فَإِذَا وُجِدَتْ صَارَ كَأَنَّ الوَارِثَ وَرِثَهُ حِينَ الرِّدَّة فَلأَجْل هَذَا شَرَطَ أَنْ يَكُونَ وَارِثًا إلى وُجُود أَحَدِهِمَا (وَعَنْهُ)

أَيْ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ (أَنَّهُ يَرِثُهُ مَنْ كَانَ وَارِثًا لَهُ عِنْدَ الرِّدَّةِ ثُمَّ لا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ بِمَوْتِهِ) أَيْ بِمَوْتِ الوَارِثِ (بَلْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ لأَنَّ الرِّدَّةَ بِمَنْزِلَةِ المَوْتِ) فِي التَّوْرِيثِ، **وَمَنْ مَاتَ مِنَ الوَرَثَةِ بَعْدَ مَوْتِ المُوَرِّثِ قَبْلَ قِسْمَةِ مِيرَاثِهِ** لا يَبْطُلُ اسْتِحْقَاقُهُ وَلَكِنْ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ فِيهِ فَهَذَا كَذَلِكَ (وَعَنْهُ) أَيْ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ، قِيلَ وَهُوَ الأَصَحُّ (أَنَّهُ يُعْتَبَرُ وُجُودُ الوَارِثِ عِنْدَ المَوْتِ) يَعْنِي أَحَدَ الأُمُورِ الثَّلاثَةِ سَوَاءٌ كَانَ مَوْجُودًا وَقْتَ الرِّدَّةِ أَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ (لأَنَّ الحَادِثَ بَعْدَ انْعِقَادِ السَّبَبِ قَبْلَ تَمَامِهِ كَالحَادِثِ قَبْلَ انْعِقَادِهِ كَمَا فِي الوَلَدِ الحَادِثِ مِنَ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ) فِي أَنَّهُ يَصِيرُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ بِالقَبْضِ فَيَكُونُ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ. قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَحَاصِلُهُ أَنَّ عَلَى رِوَايَةِ الحَسَنِ يُشْتَرَطُ الوَصْفَانِ وَهُمَا كَوْنُهُ وَارِثًا وَقْتَ الرِّدَّةِ وَكَوْنُهُ بَاقِيًا إِلَى وَقْتِ المَوْتِ أَوْ القَتْلِ؛ حَتَّى **لَوْ كَانَ وَارِثًا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ المُرْتَدِّ أَوْ حَدَثَ وَارِثٌ بَعْدَ الرِّدَّةِ** فَإِنَّهُمَا لا يَرِثَانِ. وَعَلَى رِوَايَةِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يُشْتَرَطُ الوَصْفُ الأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي. وَعَلَى رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ يُشْتَرَطُ الوَصْفُ الثَّانِي دُونَ الأَوَّلِ

وَتَرِثُهُ امرَأَتُهُ المُسلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَو قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَهِيَ فِي العِدَّةِ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ فَارًّا، وَإِن كَانَ صَحِيحًا وَقتَ الرِّدَّةِ.

الشرح:

(**وَتَرِثُهُ امْرَأَتُهُ المُسْلِمَةُ إِذَا مَاتَ أَوْ قُتِلَ وَهِيَ فِي العِدَّةِ** لأَنَّهُ يَصِيرُ فَارًّا وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا) لأَنَّهَا سَبَبٌ لِلهَلاكِ كَالمَرَضِ فَأَشْبَهَ رِدَّتَهُ الَّتِي حَصَلَتْ بِهَا البَيْنُونَةُ لِلطَّلاقِ فِي حَالَةِ المَرَضِ، وَالطَّلاقُ البَائِنُ حَالَةَ المَرَضِ يُوجِبُ الإِرْثَ إِذَا كَانَتْ فِي العِدَّةِ. فَإِنْ قِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ يُسْنِدُ التَّوْرِيثَ إِلَى مَا قَبْلَ الرِّدَّةِ وَذَلِكَ يَسْتَلْزِمُ أَنْ لا يَتَفَاوَتَ الحُكْمُ بَيْنَ المَدْخُولِ بِهَا وَغَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا لأَنَّ الرِّدَّةَ مَوْتٌ وَامْرَأَةُ المَيِّتِ تَرِثُهُ سَوَاءٌ كَانَتْ مَدْخُولا بِهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ. أُجِيبَ بِأَنَّ المَوْتَ الحَقِيقِيَّ سَبَبٌ لِلإِرْثِ حَقِيقَةً فَيَسْتَوِي فِيهِ المَدْخُولُ بِهَا وَغَيْرُهَا، وَأَمَّا الرِّدَّةُ فَإِنَّهَا جُعِلَتْ مَوْتًا حُكْمًا لِيَكُونَ تَوْرِيثُ المُسْلِمِ مِنَ المُسْلِمِ فَهِيَ ضَعِيفَةٌ فِي السَّبَبِيَّةِ فَلا بُدَّ مِنْ تَقْوِيَتِهَا بِمَا هُوَ مِنْ آثَارِ النِّكَاحِ مِنَ الدُّخُولِ وَقِيَامِ العِدَّةِ..

وَالمُرتَدَّةُ كَسبُهَا لِوَرَثَتِهَا؛ لأَنَّهُ لا حِرَابَ مِنهَا فَلَم يُوجَد سَبَبُ الفَيءِ، بِخِلافِ المُرتَدِّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى وَيَرِثُهَا زَوجُهَا المُسلِمُ إِن ارتَدَّت وَهِيَ مَرِيضَةٌ لِقَصدِهَا

إبطَال حقّه، وَإن كانَت صَحِيحَة لا يَرِثهَا؛ لأنَّهَا لا تُقتَلُ فَلم يَتَعَلق حَقُّهُ بِمَالهَا بالرِّدَّةِ، بِخِلافِ المُرتَدّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (بخلاف المُرْتَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ) فَإِنَّ **مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَال رِدَّتِه** فَهُوَ فَيْءٌ عِنْدَهُ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِقَوْله لأَنَّهُ لا حِرَابَ منْهَا، وَمَعْنَاهُ فَلا قَتْل إذْ ذَاكَ لَمَا تَقَدَّمَ منْ المُلازَمَة. وَحَاصِلُ الفَرْق أَنَّ المَرْأَةَ لا تُقْتَلُ وَالرَّجُلُ يُقْتَلُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ عصْمَةَ المَال تَبَعٌ لعصْمَة النَّفْسِ، وَبالرِّدَّة لا تَزُولُ عصْمَةُ نَفْسهَا حَتَّى لا تُقْتَل فَكَذَلكَ عصْمَةُ مَالهَا بخلاف الرَّجُل، فَلمَّا كَانَتْ عصْمَةُ مَالهَا بَاقيَةً بَعْدَ ردَّتهَا كَانَ كُلُّ وَاحدٍ منْ الكَسْبَيْنِ ملكَهَا فَيَكُونُ ميرَاثًا لوَرَثَتهَا (**وَيَرِثُهَا زَوْجُهَا المُسْلمُ إنْ ارْتَدَّتْ وَهِيَ مَرِيضَةٌ**) وَالقيَاسُ أَنْ لا يَرِثَهَا لأَنَّ فرَارَ الزَّوْجِ إنَّمَا كَانَ يَتَحَقَّقُ إذَا مَاتَ وَهِيَ فِي العدَّة، أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ **طَلقَهَا قَبْل الدُّخُول بهَا فِي مَرَضه** لَمْ يَكُنْ لَهَا الميرَاثُ لأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي عدَّته ثُمَّ هَاهُنَا لا عدَّةَ عَلى الرَّجُل فَيَنْبَغي أَنْ لا يَرِثَهَا الزَّوْجُ.

وَوَجْهُ الاسْتحْسَان مَا أَشَارَ إلَيْه بقَوْله (لقَصْدهَا إبْطَال حَقّه) وَبَيَانُهُ أَنَّ حَقَّهُ تَعَلقَ بمَالهَا بمَرَضهَا فَكَانَتْ بالرِّدَّة قَاصدَةً إبْطَال حَقّه فَارَّةً عَنْ ميرَاثه فَيُرَدُّ عَلَيْهَا قَصْدُهَا كَمَا فِي جَانب الزَّوْجِ، بخلاف مَا إذَا كَانَتْ صَحِيحَةً حِينَ ارْتَدَّتْ لأَنَّهَا بَانَتْ بنَفْسِ الرِّدَّة فَلَمْ تَصِرْ مُشْرِفَةً عَلَى الهَلاك لأَنَّهَا لا تُقْتَلُ، بخلاف الرَّجُل فَلا يَكُونُ فِي حُكْمِ الفَارَّة المَرِيضَة فَلا يَرِثُ زَوْجُهَا منْهَا

قَال: (وَإن لحِقَ بِدَارِ الحَربِ مُرتَدًّا وَحكَمَ الحَاكِمُ بِلحَاقِهِ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَولادِهِ وَحَلَت الدُّيُونُ التِي عَليهِ وَنُقِل مَا اكتَسَبَهُ فِي حَال الإسلامِ إلى وَرَثَتِهِ مِن المُسلمِينَ). وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَبقَى مَالُهُ مَوقُوفًا كمَا كَانَ؛ لأَنَّهُ نَوعُ غَيبَةٍ فَأَشبَهَ الغَيبَةَ فِي دَارِ الإسلامِ. وَلنَا أَنَّهُ بِاللحَاقِ صَارَ مِن أَهل الحَربِ وَهُم أَموَاتٌ فِي حَقِّ أَحكَامِ الإسلامِ لانقِطَاعِ وِلايَةِ الإلزَامِ كمَا هِيَ مُنقَطِعَةٌ عَن المَوتَى فَصَارَ كالمَوت، إلا أَنَّهُ لا يَستَقِرُّ لحَاقُهُ إلا بِقَضَاءِ القَاضِي لاحتِمَال العَودِ إلينَا فَلا بُدَّ مِن القَضَاءِ، وَإذَا تَقَرَّرَ مَوتُهُ ثَبَتَت الأحكَامُ المُتَعَلقَةُ بِهِ وَهِيَ مَا ذَكرنَاهَا كمَا فِي المَوتِ الحَقِيقِيِّ، ثُمَّ يُعتَبَرُ كَونُهُ وَارِثًا عِندَ لحَاقِهِ فِي قَول مُحَمَّدٍ؛ لأنَّ اللحَاقَ هُوَ السَّبَبُ وَالقَضَاءُ لتَقَرُّرِهِ بِقَطعِ الاحتِمَال،

وَقَال أَبُو يُوسُفَ: وَقتَ القَضَاءِ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ مَوتًا بِالقَضَاءِ، وَالمُرتَدَّةُ إذَا لحِقَت بِدَارِ الحَربِ فَهِيَ عَلَى هَذَا الخِلافِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِنْ لحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا) إنْ لحِقَ المُرْتَدُّ بِدَارِ الحَرْبِ وَحَكَمَ القَاضِي بِلحَاقِه (عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلادِه وَحَلتْ الدُّيُونُ التِي عَلَيْه، وَنُقِل مَا اكْتَسَبَهُ فِي حَالة الإِسْلامِ إلى وَرَثَتِه المُسْلمِينَ) عِنْدَنَا (وَقَال الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: يَبْقَى مَالُهُ مَوْقُوفًا) وَهُوَ أَحَدُ أَقْوَالِه (لأَنَّهُ نَوْعُ غَيْبَةٍ فَأَشْبَهَ الغَيْبَةَ فِي دَارِ الإِسْلامِ) وَالجَامِعُ كَوْنُهُ غَيْبَةً كَمَا تَرَى وَهُوَ ضَعِيفٌ جِدًّا (وَلَنَا أَنَّهُ بِاللحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا) أَمَّا حَقِيقَةً فَلأَنَّهُ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ وَاعْتِقَادُهُ كَاعْتِقَادِهِمْ، وَأَمَّا حُكْمًا فَلأَنَّهُ لمَّا أَبْطَل إحْرَازَهُ نَفْسَهُ بِدَارِ الإِسْلامِ حِينَ عَادَ إلى دَارِ الحَرْبِ صَارَ حَرْبًا عَلى المُسْلمِينَ فَأُعْطِيَ حُكْمَ أَهْل الحَرْبِ فِي دَارِ الحَرْبِ وَهُمْ كَالمَيِّتِ فِي حَقِّ المُسْلمِينَ.

قَال تَعَالى: ﴿ أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَهُ ﴾ [الأنعام: ١٢٢] وَلأَنَّ وِلايَةَ الإِلزَامِ مُنْقَطِعَةٌ عَنْهُمْ (كَمَا هِيَ مُنْقَطِعَةٌ عَنْ المَوْتَى إلا أَنَّ لحَاقَهُ لا يَسْتَقِرُّ إلا بِقَضَاءِ القَاضِي لاحْتِمَال العَوْدِ إليْنَا فَلا بُدَّ مِنْ القَضَاءِ، فَإِذَا تَقَرَّرَ مَوْتُهُ الحُكْمِيُّ تَثْبُتُ الأَحْكَامُ المُتَعَلقَةُ بِه وَهِيَ مَا ذَكَرْنَاهَا) يَعْنِي قَوْلهُ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ إلخْ (كَمَا فِي المَوْتِ الحَقِيقِيِّ) (قَوْلُهُ ثُمَّ يُعْتَبَرُ) ظَاهِرٌ، وَالضَّمِيرُ فِي لتَقَرُّرِه للحَاقِ، وَقِيل للسَّبَبِ وَهُمَا مُتَقَارِبَانِ

(وَتُقضَى الدُّيُونُ التِي لزِمَتهُ فِي حَال الإِسلامِ مِمَّا اكتَسَبَهُ فِي حَال الإِسلامِ، وَمَا لزِمَهُ فِي حَال رِدَّتِهِ مِن الدُّيُونِ يُقضَى مِمَّا اكتَسَبَهُ فِي حَال رِدَّتِهِ) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: هَذِهِ رِوَايَةٌ عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَعَنهُ أَنَّهُ يُبدَأُ بِكَسبِ الإِسلامِ، وَإِن لم يَفِ بِذَلكَ يُقضَى مِن كَسبِ الرِّدَّةِ وَعَنهُ عَلى عَكسِهِ. وَجهُ الأَوَّل أَنَّ المُستَحَقَّ بِالسَّبَبَينِ مُختَلِفٌ. وَحُصُولُ كُل وَاحِدٍ مِن الكَسبَينِ بِاعتِبَارِ السَّبَبِ الذِي وَجَبَ بِهِ الدَّينُ فَيُقضَى كُلُّ دَينٍ مِن الكَسبِ المُكتَسَبِ فِي تِلكَ الحَالةِ ليَكُونَ الغُرمُ بِالغُنمِ. وَجهُ الثَّانِي أَنَّ كَسبَ الإِسلامِ مِلكُهُ حَتَّى يَخلُفَهُ الوَارِثُ فِيهِ، وَمِن شَرطِ هَذِهِ الخِلافَةِ الفَرَاغُ عَن حَقِّ المُوَرِّثِ فَيُقَدَّمُ بِالدَّينِ عَليهِ، أَمَّا كَسبُ الرِّدَّةِ فَليسَ بِمَملُوكٍ لهُ؛ لبُطلانِ أَهلِيَّةِ المِلكِ بِالرِّدَّةِ عِندَهُ فَلا يُقضَى دَينُهُ مِنهُ إلا إذَا تَعَذَّرَ قَضَاؤُهُ مِن مَحَلٍّ آخَرَ فَحِينَئِذٍ يُقضَى مِنهُ،

كَالذِّمِّيِّ إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ يَكُونُ مَالُهُ لِجَمَاعَةِ المُسلِمِينَ، وَلَو كَانَ عَلَيهِ دَينٌ يُقضَى مِنهُ كَذَلِكَ هَاهُنَا. وَجهُ الثَّالِثِ أَنَّ كَسبَ الإِسلَامِ حَقُّ الوَرَثَةِ وَكَسبَ الرِّدَّةِ خَالِصُ حَقِّهِ، فَكَانَ قَضَاءُ الدَّينِ مِنهُ أَولَى إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ بِأَن لَم يَفِ بِهِ فَحِينَئِذٍ يُقضَى مِن كَسبِ الإِسلَامِ تَقدِيمًا لِحَقِّهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: تُقضَى دُيُونُهُ مِنَ الكَسبَينِ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا مِلكُهُ حَتَّى يَجرِيَ الإِرثُ فِيهِمَا، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ هَذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) هُوَ رِوَايَةُ زُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَوْلُهُ (وَعَنْهُ) أَيْ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ (أَنَّهُ يُبْدَأُ بِكَسْبِ الإِسْلامِ) وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ (قَوْلُهُ وَعَنْهُ) أَيْ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَنْهُ (عَلَى عَكْسِهِ) وَهُوَ أَنْ يَبْدَأَ فِي **قَضَاءِ الدَّيْنِ بِكَسْبِ الرِّدَّةِ** (قَوْلُهُ وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ المُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ) أَيْ المُدَايَنَتَيْنِ (مُخْتَلِفٌ) وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ المُسْتَحَقَّ بِالسَّبَبَيْنِ مُخْتَلِفٌ وَالمُؤَدَّى مِنْ كَسْبٍ وَاحِدٍ غَيْرُ مُخْتَلِفٍ، فَالمُسْتَحَقُّ بِالسَّبَبَيْنِ غَيْرُ مُؤَدًّى مِنْ كَسْبٍ وَاحِدٍ فَلا بُدَّ مِنْ أَدَائِهِ مِنْ كَسْبَيْنِ تَحْقِيقًا لِلاخْتِلافِ وَحُصُولِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الكَسْبَيْنِ بِاعْتِبَارِ السَّبَبِ الذِي وَجَبَ بِهِ المُسْتَحَقُّ وَهُوَ الدَّيْنُ فَيُضَافُ أَدَاؤُهُ إِلَيْهِ لِيَكُونَ الغُرْمُ بِإِزَاءِ الغُنْمِ وَقَوْلُهُ (وَجْهُ الثَّانِي) تَقْرِيرُهُ أَنَّ كَسْبَ الإِسْلامِ مِلْكُهُ وَكُلُّ مَا هُوَ مِلْكُهُ يَخْلُفُهُ الوُرَّاثُ فِيهِ، وَمِنْ شَرْطِ هَذِهِ الخِلافَةِ الفَرَاغُ عَنْ حَقِّ المُوَرِّثِ فَيُقَدَّمُ الدَّيْنُ، وَأَمَّا كَسْبُ الرِّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ لِبُطْلانِ أَهْلِيَّةِ المِلْكِ بِالرِّدَّةِ عِنْدَهُ فَلا يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْهُ إِلا إِذَا تَعَذَّرَ قَضَاؤُهُ مِنْ مَحَلٍّ آخَرَ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبُ الإِسْلامِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا لَمْ يَكُنْ مِلْكَهُ كَيْفَ يُؤَدَّى مِنْهُ دَيْنُهُ؟ أَجَابَ بِقَوْلِهِ (**كَالذِّمِّيِّ إِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ**) فَلَمْ يَبْقَ لَهُ مِلْكٌ فِيمَا اكْتَسَبَهُ بَلْ يَكُونُ مَالُهُ لِعَامَّةِ المُسْلِمِينَ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُقْضَى مِنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَجْهُ الثَّالِثِ أَنَّ كَسْبَ الإِسْلامِ حَقُّ الوَرَثَةِ) تَقْرِيرُهُ: كَسْبُ الإِسْلامِ حَقُّ الوَرَثَةِ وَكَسْبُ الرِّدَّةِ خَالِصُ حَقِّهِ، وَقَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْ خَالِصِ حَقِّهِ أَوْلَى مِنْهُ مِنْ حَقِّ غَيْرِهِ إِلا إِذَا تَعَذَّرَ بِأَنْ لَمْ يَفِ بِهِ فَحِينَئِذٍ يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْ كَسْبِ الإِسْلامِ تَقْدِيمًا لِحَقِّهِ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ أَوْجُهٍ: الأَوَّلُ مَا قِيلَ إِنَّ هَذَا يُنَاقِضُ قَوْلَهُ: أَمَّا كَسْبُ الرِّدَّةِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ لِبُطْلانِ أَهْلِيَّةِ المِلْكِ بِالرِّدَّةِ. وَالثَّانِي أَنَّ كَوْنَ كَسْبِ

الإِسْلامِ حَقَّ الوَرَثَة مَمْنوعٌ، فَإِنَّ حَقَّهُمْ إِنَّمَا يَكُونُ مُتَعلقًا بِالتَّرِكَة بَعْدَ الفَرَاغِ عَنْ حَقِّ المُورِّث. وَالثَّالثُ أَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ خَالصِ حَقِّه وَاجبٌ وَمِنْ حَقِّ غَيْرِه مُمْتَنِعٌ، فَلا وَجْهَ لقَوْله فكَانَ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ أَوْلى. وَأُجيبَ عَنْ الأَوَّل بِأَنَّ المَعْنَى مِنْ خُلُوصِ الحَقِّ هَاهُنَا هُوَ أَنْ لا يَتعَلقَ حَقُّ الغَيْرِ به كَمَا ثَبتَ التَّعلُّقُ في مَال المَريضِ، ثُمَّ لا يَلزَمُ مِنْ كَوْنِه خَالصَ حَقِّه كَوْنُهُ ملكًا لهُ، أَلا تَرَى أَنَّ كَسْبَ المُكَاتَب خَالصُ حَقِّه وَلَيْسَ بِملك لهُ، وَكَذَلكَ الذِّمِّيُّ إِذَا مَاتَ وَلا وَارِثَ لهُ عَلى مَا ذَكَرْنَا آنفًا.

وَعَنْ الثَّاني بِأَنَّ الدَّيْنَ إِنَّمَا يَتعَلقُ بِمَاله عنْدَ المَوْت، لا بِمَا زَال مِنْ قَبْلُ، وَكَسْبُ الإِسْلامِ قَدْ زَال وَانْتَقل بالرِّدَّة إلى الوَرَثَة، وَكَسْبُهُ في الرِّدَّة هُوَ مَالُهُ عنْدَ المَوْت فَيَتعَلقُ الدَّيْنُ بِه. وَعَنْ الثَّالث بِأَنَّ كَسْبَ الإِسْلام بِعَرْضيَّة أَنْ يَصيرَ خَالصَ حَقِّه بالتَّوْبَة، فَكَانَ أَحَدُهُمَا خَالصَ حَقِّه، وَالآخَرُ بعَرْضيَّة أَنْ يَصيرَ خَالصَ حَقِّه وَلا شَكَّ أَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِنْ الأَوَّل أَوْلى. هَذَا عَلى طَريقَة أَبي حَنيفَةَ رَضيَ اللهُ عَنْهُ. وَعنْدَهُمَا يُقْضَى دَيْنُهُ مِنْ الكَسْبَيْنِ جَميعًا لأَنَّهُمَا جَميعًا ملكُهُ حَتَّى يَجْرِيَ الإِرْثُ فيهِمَا عَلى مَا تَقَدَّمَ مِنْ مَذْهَبِهِمَا.

قَال: (وَمَا بَاعَهُ أَو اشتَرَاهُ أَو أَعتَقَهُ أَو وَهَبَهُ أَو رَهَنَهُ أَو تَصَرَّفَ فِيهِ مِن أَموَالِهِ فِي حَال رِدَّتِهِ فَهُوَ مَوقُوفٌ، فَإِن أَسلمَ صَحَّت عُقُودُهُ، وَإِن مَاتَ أَو قُتِل أَو لحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَت) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَجُوزُ مَا صَنَعَ فِي الوَجهَينِ. اعلم أَنَّ تَصَرُّفَاتِ المُرتَدِّ عَلى أَقسَامٍ: نَافِذٌ بِالاتِّفَاقِ كَالاستِيلادِ وَالطَّلاقِ؛ لأَنَّهُ لا يَفتَقِرُ إلى حَقِيقَةِ المِلكِ وَتَمَامِ الوِلايَةِ. وَبَاطِلٌ بِالاتِّفَاقِ كَالنِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ؛ لأَنَّهُ يَعتَمِدُ المِلةَ وَلا مِلةَ لهُ. وَمَوقُوفٌ بِالاتِّفَاقِ كَالمُفَاوَضَةِ؛ لأَنَّهَا تَعتَمِدُ المُسَاوَاةَ وَلا مُسَاوَاةَ بَينَ المُسلمِ وَالمُرتَدِّ مَا لم يُسلم. وَمُختَلفٌ فِي تَوَقُّفِهِ وَهُوَ مَا عَدَدنَاهُ. لهُمَا أَنَّ الصِّحَّةَ تَعتَمِدُ الأَهليَّةَ وَالنَّفَاذَ يَعتَمِدُ المِلكَ، وَلا خَفَاءَ فِي وُجُودِ الأَهليَّةِ لكَونِهِ مُخَاطَبًا، وَكَذَا المِلكُ لقِيَامِهِ قَبل مَوتِهِ عَلى مَا قَرَّرنَاهُ مِن قَبلُ، وَلهَذَا لو وُلدَ لهُ وَلدٌ بَعدَ الرِّدَّةِ لسِتَّةِ أَشهُرٍ مِن امرَأَةٍ مُسلمَةٍ يَرِثُهُ وَلو مَاتَ وَلدُهُ بَعدَ الرِّدَّةِ قَبل المَوتِ لا يَرِثُهُ فَتَصِحُ تَصَرُّفَاتُهُ. إلا أَنَّ عِندَ أَبِي يُوسُفَ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِن الصَّحِيحِ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ عَودُهُ إلى الإِسلامِ، إذ الشُّبهَةُ تُزَاحُ فَلا يُقتَلُ وَصَارَ كَالمُرتَدَّةِ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ تَصِحُّ كَمَا تَصِحُّ مِن المَرِيضِ؛ لأَنَّ مَن انتَحَل إلى نِحلةٍ لا

سِيَّمَا مُعرِضًا عَمَّا نَشَأَ عَليهِ قلمَا يَترُكُهُ فَيُفضِي إلى القَتل ظَاهِرًا، بِخِلافِ المُرتَدَّةِ؛ لأَنَّهَا لا تُقتَلُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ حَربِيٌّ مَقهُورٌ تَحتَ أَيدِينَا عَلى مَا قَرَّرنَاهُ فِي تَوَقُّفِ المِلكِ وَتَوَقُّفُ التَّصَرُّفَاتِ بِنَاءً عَليهِ، وَصَارَ كَالحَربِيِّ يَدخُلُ دَارَنَا بِغَيرِ أَمَانٍ فَيُؤخَذُ وَيُقهَرُ وَتَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ؛ لِتَوَقُّفِ حَالِهِ، فَكَذَا المُرتَدُّ، وَاستِحقَاقُهُ القَتل لِبُطلانِ سَبَبِ العِصمَةِ فِي الفَصلَينِ فَأَوجَبَ خَللا فِي الأَهلِيَّةِ، بِخِلافِ الزَّانِي وَقَاتِلِ العَمدِ؛ لأَنَّ الاستِحقَاقَ فِي ذَلكَ جَزَاءٌ عَلى الجِنَايَةِ. وَبِخِلافِ المَرأَةِ؛ لأَنَّهَا ليسَت حَربِيَّةً؛ وَلِهَذَا لا تُقتَلُ.

الشرح:

قَال (وَمَا بَاعَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ) ذَكَرَ التَّصَرُّفَاتِ التِي اخْتَلفَ عُلمَاؤُنَا رَحِمَهُمُ اللهُ فِي نَفَاذِهِ وَتَوَقُّفِهِ وَقَال: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنَّمَا قَال كَذَلكَ لأَنَّ المَسْأَلةَ مِنْ مَسَائِل القُدُورِيِّ، وَليْسَ الخِلافُ فِيهِ مَذْكُورًا فِي هَذَا المَوْضِعِ، وَبَيَّنَ **أَقْسَامَ تَصَرُّفَاتِ المُرْتَدِّ** وَهُوَ وَاضِحٌ إلا مَا نَذْكُرُهُ، فَقَوْلُهُ يَجُوزُ مَا صَنَعَ فِي الوَجْهَيْنِ يُرِيدُ بِأَحَدِهِمَا الإِسْلامَ وَبِالثَّانِي القَتْل وَالمَوْتَ وَاللحَاقَ.

وَقَوْلُهُ لأَنَّهُ لا يَفْتَقِرُ إلى حَقِيقَةِ المِلكِ وَتَمَامِ الوِلايَةِ نَشْرٌ لِقَوْلِهِ كَالاسْتِيلادِ وَالطَّلاقِ، فَقَوْلُهُ إلى حَقِيقَةِ المِلكِ: يَعْنِي فِي الاسْتِيلادِ، فَلوْ **وُلِدَتْ جَارِيَتُهُ وَادَّعَى نَسَبَهُ** يَثْبُتُ مِنْهُ وَيَرِثُهُ هَذَا الوَلدُ مَعَ وَرَثَتِهِ وَكَانَتْ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلدٍ لهُ لأَنَّ حَقَّهُ فِي مَالِهِ أَقْوَى مِنْ حَقِّ الأَبِ فِي جَارِيَةِ الابْنِ وَاسْتِيلادُ الأَبِ صَحِيحٌ، فَكَذَلكَ اسْتِيلادُهُ حَيْثُ لا يَحْتَاجُ إلى حَقِيقَةِ المِلكِ، وَإِنَّمَا يُكْتَفَى فِيهِ بِحَقِّ المِلكِ. وَقَوْلُهُ (وَتَمَامُ الوِلايَةِ) يَعْنِي فِي الطَّلاقِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنْ العَبْدِ مَعَ قُصُورِ الوِلايَةِ عَلى نَفْسِهِ. فَإِنْ قِيل: الفُرْقَةُ تَقَعُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بِالارْتِدَادِ فَكَيْفَ يُتَصَوَّرُ الطَّلاقُ مِنْ المُرْتَدِّ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ المُرْتَدَّ يَقَعُ طَلاقُهُ كَمَا لوْ **أَبَانَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ طَلقَهَا طَلاقًا بَائِنًا** عَلى مَا عُرِفَ، عَلى أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُوجَدَ الارْتِدَادُ وَلا تَقَعُ الفُرْقَةُ كَمَا لوْ ارْتَدَّا مَعًا (قَوْلُهُ لأَنَّهُ) أَيْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ النِّكَاحِ وَالذَّبِيحَةِ (يَعْتَمِدُ المِلةَ وَلا مِلةَ لهُ) لأَنَّهُ تَرْكُ مَا كَانَ عَليْهِ وَلا يُقَرُّ عَلى مَا دَخَل فِيهِ لِوُجُوبِ القَتْل.

وَاسْتَشْكَل بِأَنَّ المُرَادَ بِالمِلةِ إنْ كَانَ الإِسْلامُ يَنْتَقِضُ بِنِكَاحِ أَهْل الكِتَابِ وَذَبَائِحِهِمْ، وَإِنْ كَانَ المُرَادُ بِهَا المِلةَ السَّمَاوِيَّةَ يَنْتَقِضُ بِصِحَّةِ **نِكَاحِ المَجُوسِ وَالمُشْرِكِينَ**

فِيمَا بَيْنَهُمْ فَإِنَّهُمْ لَيْسَ لَهُمْ مِلَّةٌ سَمَاوِيَّةٌ لا مُقَرَّرَةٌ وَلا مُحَرَّفَةٌ، وَقَدْ حُكِمَ بِصِحَّةِ نِكَاحِهِمْ وَلِهَذَا يَحْكُمُ القَاضِي بِالنَّفَقَةِ وَالسُّكْنَى وَجَرَيَانِ التَّوَارُثِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ مِنْهُمْ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ المُرَادَ بِالمِلَّةِ مَا يَتَدَيَّنُونَ بِهِ نِكَاحًا يُقَرُّونَ عَلَيْهِ وَيَجْرِي بِهِ التَّوَارُثُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ لأَنَّ مَا هُوَ الغَرَضُ مِنْ النِّكَاحِ يَحْصُلُ عِنْدَ ذَلِكَ وَهُوَ التَّوَالُدُ وَالتَّنَاسُلُ، وَالمُرْتَدُّ وَالمُرْتَدَّةُ لَيْسَا عَلَى تِلْكَ المِلَّةِ فَلا يَصِحُّ نِكَاحُهُمَا، لأَنَّ المُرْتَدَّ يُقْتَلُ وَالمُرْتَدَّةُ تُحْبَسُ فَكَيْفَ يَتِمُّ لَهُمَا هَذِهِ الأَغْرَاضُ مِنْ النِّكَاحِ، بِخِلافِ المَجُوسِ وَأَهْلِ الشِّرْكِ فَإِنَّهُمْ دَانُوا دِينًا يُقَرُّونَ عَلَيْهِ قَبْلَ الإِسْلامِ وَبَعْدَهُ إِنْ لَمْ تَكُنْ المَرْأَةُ مِنْ مَحَارِمِهِ فَكَانَتْ المَصَالِحُ مُنْتَظِمَةً. وَقَوْلُهُ (كَالمُفَاوَضَةِ) مَعْنَاهُ أَنَّ **المُرْتَدَّ إِنْ فَاوَضَ مُسْلِمًا** تَوَقَّفَ، فَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَتْ المُفَاوَضَةُ وَإِنْ مَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ قَضَى بِلِحَاقِهِ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتْ المُفَاوَضَةُ بِالاتِّفَاقِ (قَوْلُهُ وَهُوَ مَا عَدَدْنَاهُ) يَعْنِي قَوْلَهُ وَمَا بَاعَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ إلخ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ لأَنَّهُ مُكَلَّفٌ يَحْتَاجُ إلخ. وَقَوْلُهُ (وَلِهَذَا لَوْ **وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ بَعْدَ الرِّدَّةِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ**) تَوْضِيحٌ لِوُجُودِ مِلْكِ المُرْتَدِّ: يَعْنِي فَلَوْ كَانَ المِلْكُ زَائِلا لَمَا وَرِثَهُ هَذَا الوَلَدُ لِكَوْنِ عُلُوقِهِ بَعْدَ الارْتِدَادِ.

وَقَوْلُهُ (وَلَوْ مَاتَ وَلَدُهُ بَعْدَ الرِّدَّةِ) يَعْنِي لَوْ **مَاتَ وَلَدُهُ المَوْلُودُ قَبْلَ الرِّدَّةِ بَعْدَهَا قَبْلَ مَوْتِ المُرْتَدِّ** لا يَرِثُهُ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ مِلْكُهُ قَائِمًا بَعْدَ الرِّدَّةِ لَوَرِثَهُ هَذَا الوَلَدُ لأَنَّهُ كَانَ حَيًّا وَقْتَ رِدَّةِ الأَبِ، فَإِذَا ثَبَتَ وُجُودُ الأَهْلِيَّةِ وَقِيَامُ المِلْكِ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ لَكِنْ عَلَى الاخْتِلافِ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ فِي تَوَقُّفِ المِلْكِ) إِشَارَةٌ إِلَى مَا قَدَّمَهُ مِنْ قَوْلِهِ وَلَهُ أَنَّهُ حَرْبِيٌّ مَقْهُورٌ تَحْتَ أَيْدِينَا (وَتَوَقُّفِ التَّصَرُّفَاتِ بِنَاءً عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى تَوَقُّفِ المِلْكِ. وَقَوْلُهُ (لِتَوَقُّفِ حَالِهِ) أَيْ حَالِ الحَرْبِيِّ بَيْنَ الاسْتِرْقَاقِ وَالقَتْلِ وَالمَنِّ.

وَقَوْلُهُ (وَكَذَا المُرْتَدُّ) يَعْنِي: حَالُهُ يَتَوَقَّفُ بَيْنَ القَتْلِ وَالإِسْلامِ، ثُمَّ هُنَاكَ إِنْ اُسْتُرِقَّ أَوْ قُتِلَ بَطَلَ وَإِنْ تُرِكَ نَفَذَ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا. وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ **الحَرْبِيَّ الَّذِي دَخَلَ دَارَنَا بِغَيْرِ أَمَانٍ** يَكُونُ فَيْئًا فَكَيْفَ تَتَوَقَّفُ تَصَرُّفَاتُهُ، وَالاعْتِرَافُ بِجَوَازِ المَنِّ يُسْقِطُ الاعْتِرَاضَ. وَقَوْلُهُ (وَاسْتِحْقَاقُهُ القَتْلَ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَلا خَفَاءَ فِي الأَهْلِيَّةِ. وَتَقْرِيرُهُ: لا نُسَلِّمُ وُجُودَ الأَهْلِيَّةِ لأَنَّ الصِّحَّةَ تَقْتَضِي أَهْلِيَّةً كَامِلَةً وَلَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ فِي المُرْتَدِّ، كَمَا أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَوْجُودَةٍ فِي الحَرْبِيِّ لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ القَتْلَ لِبُطْلانِ سَبَبِ العِصْمَةِ وَهُوَ كَوْنُهُ آدَمِيًّا مُسْلِمًا وَذَلِكَ يُوجِبُ الخَلَلَ فِي الأَهْلِيَّةِ. وَقَوْلُهُ (فِي الفَصْلَيْنِ) يُرِيدُ بِهِ

فصل الحَرْبِيِّ وَفصل المُرْتَدِّ. فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ اسْتِحْقَاقُ القَتْل مُوجبًا لخَلَلٍ فِي الأَهْلِيَّة مُؤَثِّرًا فِي تَوَقُّفِ التَّصَرُّفَات لكَانَ تَصرُّفَاتُ الزَّانِي المُحْصَنِ الذي يَسْتَحِقُّ الرَّجْمَ وَقَاتِلِ العَمْدِ مَوْقُوفَةً لاسْتِحْقَاقِهِمَا القَتْل. أَجَابَ بِقَوْله (لأَنَّ الاسْتِحْقَاقَ فِي ذَلِكَ) يَعْنِي أَنَّ الاسْتِحْقَاقَ المُوجبَ للخَلَل وَهُوَ مَا كَانَ بِاعْتِبَارِ بُطْلان سَبَب العِصْمَة، وَالزَّانِي وَالقَاتِلُ لَيْسَا كَذَلِكَ لأَنَّ الاسْتِحْقَاقَ فِيهِمَا (جَزَاءٌ عَلى الجنَايَةِ) وَقَوْلُهُ وَبِخلافِ المَرْأَةِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا وَصَارَ كَالمُرْتَدَّة.

(فَإِن عَادَ المُرتَدُّ بَعدَ الحُكمِ بِلحَاقِهِ بِدَارِ الحَربِ إلى دَارِ الإِسلامِ مُسلمًا فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِ وَرَثَتِهِ مِن مَالِهِ بِعَينِهِ أَخَذَهُ)؛ لأَنَّ الوَارِثَ إنَّمَا يَخلُفُهُ فِيهِ لاستِغنَائِهِ، وَإِذَا عَادَ مُسلمًا احتَاجَ إِليهِ فَيُقَدَّمُ عَليهِ؛ بِخِلافِ مَا إذَا أَزَالهُ الوَارِثُ عَن مِلكِهِ، وَبِخِلافِ أُمَّهَاتِ أَولادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ؛ لأَنَّ القَضَاءَ قَد صَحَّ بِدَليلٍ مُصَحِّحٍ فَلا يُنقَضُ، وَلو جَاءَ مُسلمًا قَبل أَن يَقضِيَ القَاضِي بِذَلكَ فَكَأَنَّهُ لم يَزَل مُسلمًا لمَا ذَكَرنَا.

الشرح:

قَال (فَإِنْ عَادَ المُرْتَدُّ بَعْدَ الحُكْمِ بِلحَاقِه) أَيْ إذَا **عَادَ المُرْتَدُّ بَعْدَ الحُكْمِ بلحَاقه بدَارِ الحَرْبِ إلى دَارِ الإسْلامِ** (**مُسْلمًا** فَمَا وَجَدَهُ فِي يَد وَرَثَته منْ مَاله بعَيْنه أَخَذَهُ) لأَنَّ الوَارِثَ إنَّمَا يَخْلُفُهُ فيه لاسْتغْنَائه عَنْهُ حَيْثُ دَخَل دَارَ الحَرْب (وَإِذَا عَادَ مُسْلمًا احْتَاجَ إلَيْه فَيُقَدَّمُ عَليْه) أَيْ عَلى الوَارِث. قَال شَمْسُ الأَئمَّة الحَلْوَانِيُّ رَحمَهُ اللهُ فِي هَذَا: وَلوْ كَانَ هَذَا بَعْدَ مَوْته حَقيقَةً بأَنْ أَحْيَاهُ اللهُ تَعَالى وَأَعَادَهُ إلى الدُّنْيَا كَانَ الحُكْمُ فيه هَكَذَا إلا أَنَّهُ خلافُ العَادَة (بخلاف مَا إذَا أَزَالهُ الوَارثُ عَنْ ملكه) فَإِنَّهُ لا سَبيل لهُ لأَنَّهُ أَزَالهُ فِي وَقْت كَانَ فيه بسَبيلٍ منْ الإزَالة فَنَفَذَتْ (وَبخلاف أُمَّهَات الأَوْلاد وَالمُدَبَّرين) فَإِنَّهُ لا سَبيل لهُ عَليْهِمْ (لأَنَّ القَضَاءَ بعتْقهمْ قَدْ صَحَّ بدَليلٍ مُصَحِّحٍ) وَهُوَ قَضَاءُ القَاضِي بلحَاقه عَنْ ولايَة، لأَنَّهُ لوْ كَانَ فِي دَارِ الإسْلامِ كَانَ لهُ أَنْ يُميتَهُ حَقيقَةً، فَإِذَا خَرَجَ عَنْ ولايَته كَانَ لهُ أَنْ يُميتَهُ حُكْمًا، فَإِذَا كَانَ قَضَاؤُهُ عَنْ ولايَةٍ نَفَذَ، وَالعتْقُ بَعْدَ وُقُوعه لا يَحْتَملُ النَّقْضَ.

(وَلو جَاءَ مُسلمًا قَبل قَضَاءِ القَاضِي بِذَلكَ فَكَأَنَّهُ لم يَزَل مُسلمًا) فَأُمَّهَاتُ أَولادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ عَلى حَالِهِم لا يَعتِقُونَ بِقَضَاءِ القَاضِي، وَمَا كَانَ عَليهِ مِن الدُّيُونِ فَهُوَ إلى أَجَلِهِ

كمَا كانَت (لمَا ذَكرنَا) يَعنِي مِن قولِهِ إلا أنَّهُ لا يَستَقِرُّ لحاقُهُ إلا بِقضَاءِ القاضِي.

(وَإِذَا وَطِئَ المُرتَدُّ جَارِيَةً نَصرَانِيَّةً كَانَت لهُ فِي حَالَةِ الإِسلامِ فَجَاءَت بِوَلدٍ لأكثرَ مِن سِتَّةِ أَشهُرٍ مُنذُ ارتَدَّ فَادَّعَاهُ فَهِيَ أُمُّ وَلدٍ لهُ وَالوَلدُ حُرٌّ وَهُوَ ابنُهُ وَلا يَرِثُهُ، وَإِن كَانَت الجَارِيَةُ مُسلمَةً وَرِثَهُ الابنُ إن مَاتَ عَلى الرِّدَّةِ أَو لحِقَ بِدَارِ الحَربِ) أَمَّا صِحَّةُ الاستِيلادِ فَلمَا قُلنَا، وَأَمَّا الإِرثُ فَلأَنَّ الأُمَّ إذَا كَانَت نَصرَانِيَّةً وَالوَلدُ تَبَعٌ لهُ لقُربِهِ إلى الإِسلامِ للجَبرِ عَليهِ فَصَارَ فِي حُكمِ المُرتَدِّ وَالمُرتَدُّ لا يَرِثُ المُرتَدَّ، أَمَّا إذَا كَانَت مُسلمَةً فَالوَلدُ مُسلمٌ تَبَعًا لهَا؛ لأَنَّهَا خَيرُهُمَا دِينًا وَالمُسلمُ يَرِثُ المُرتَدَّ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا وَطِئَ الْمُرْتَدُّ جَارِيَةً نَصْرَانِيَّةً) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَلِمَا قُلْنَا) إشَارَةٌ إلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إلَى حَقِيقَةِ الْمِلْكِ ثُمَّ حُكْمُ تَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ حُكْمُ الْأَكْثَرِ مِنْهَا، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ احْتِرَازًا عَمَّا إذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنَّ الْوَلَدَ يَرِثُ أَبَاهُ الْمُرْتَدَّ وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ نَصْرَانِيَّةً، لِأَنَّا تَيَقَّنَّا حِينَئِذٍ بِوُجُودِهِ فِي الْبَطْنِ قَبْلَ الرِّدَّةِ فَيَكُونُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِأَبِيهِ، وَأَمَّا إذَا جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الرِّدَّةِ لَمْ يَتَيَقَّنْ بِعُلُوقِ الْوَلَدِ قَبْلَ الرِّدَّةِ فَلَا يُجْعَلُ الْوَلَدُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ الْأَبِ قَبْلَ الرِّدَّةِ

(وَإِذَا لحِقَ المُرتَدُّ بِمَالِهِ بِدَارِ الحَربِ ثُمَّ ظُهِرَ عَلى ذَلكَ المَالِ فَهُوَ فَيءٌ، فَإِن لحِقَ ثُمَّ رَجَعَ وَأَخَذَ مَالا وَأَلحَقَهُ بِدَارِ الحَربِ فَظُهِرَ عَلى ذَلكَ المَالِ فَوَجَدَتهُ الوَرَثَةُ قَبلَ القِسمَةِ رُدَّ عَليهِم)؛ لأَنَّ الأَوَّلَ مَالٌ لم يَجرِ فِيهِ الإِرثُ، وَالثَّانِيَ انتَقَلَ إلى الوَرَثَةِ بِقَضَاءِ القَاضِي بِلحَاقِهِ فَكَانَ الوَارِثُ مَالكًا قَدِيمًا.

الشرح:

(وَإِذَا لَحِقَ الْمُرْتَدُّ بِمَالِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَهُوَ فَيْءٌ) أَيْ الْمَالُ فَيْءٌ دُونَ نَفْسِهِ. وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ فَيْئًا دُونَ نَفْسِهِ كَمُشْرِكِي الْعَرَبِ (وَإِنْ لَحِقَ ثُمَّ رَجَعَ) يَعْنِي وَإِنْ لَحِقَ وَحَكَمَ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ ثُمَّ رَجَعَ (وَأَخَذَ مَالًا وَأَلْحَقَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ فَظَهَرَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَوَجَدَتْهُ الْوَرَثَةُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ رُدَّ عَلَيْهِمْ) وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ أَنَّ الْأَوَّلَ مَالٌ لَمْ يَجْرِ فِيهِ الْإِرْثُ فَهُوَ مَالُ الْحَرْبِيِّ، وَإِذَا ظَهَرَ عَلَى مَالِ الْحَرْبِيِّ فَهُوَ فَيْءٌ لَا مَحَالَةَ (وَالثَّانِي انْتَقَلَ إلَى وَرَثَتِهِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ فَكَانَ الْوَارِثُ مَالِكًا قَدِيمًا)

وَالمَالِكُ القَدِيمُ إِذَا وَجَدَ مَالَهُ فِي الغَنِيمَةِ قَبْلَ القِسْمَةِ أَخَذَهُ مَجَّانًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ القَاضِي حَكَمَ بِلحَاقِهِ وَالمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا؛ فَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يُرَدُّ عَلى الوَرَثَةِ أَيْضًا لأَنَّهُ مَتَى لحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لا يَعُودُ فَكَانَ مَيِّتًا ظَاهِرًا. وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ السِّيَرِ يَكُونُ فَيْئًا لا حَقَّ لِلوَرَثَةِ فِيهِ لأَنَّ الحَقَّ لا يَثْبُتُ لَهُمْ إِلا بِالقَضَاءِ.

(وَإِذَا لحِقَ المُرتَدُّ بِدَارِ الحَربِ وَلَهُ عَبدٌ فَقُضِيَ بِهِ لابنِهِ وَكَاتَبَهُ الابنُ ثُمَّ جَاءَ المُرتَدُّ مُسلمًا فَالكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَالمُكَاتَبَةُ وَالوَلاءُ لِلمُرتَدِّ الذِي أَسلمَ)؛ لأَنَّهُ لا وَجهَ إِلى بُطلانِ الكِتَابَةِ لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنَفِّذٍ، فَجَعَلنَا الوَارِثَ الذِي هُوَ خَلَفُهُ كَالوَكِيلِ مِن جِهَتِهِ، وَحُقُوقُ العَقدِ فِيهِ تَرجِعُ إِلى المُوَكِّلِ، وَالوَلاءُ لِمَن يَقَعُ العِتقُ عَنهُ.

الشرح:

(وَإِذَا لحِقَ **المُرْتَدُّ** بِدَارِ الحَرْبِ وَلَهُ عَبْدٌ **فَقَضَى بِهِ لابْنِه فَكَاتَبَهُ الابْنُ ثُمَّ جَاءَ المُرْتَدُّ مُسْلِمًا** فَالكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَالمُكَاتَبَةُ وَالوَلاءُ لِلمُرْتَدِّ الذِي أَسْلَمَ) أَمَّا جَوَازُ الكِتَابَةِ (فَلأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلى بُطْلانِهَا لِنُفُوذِهَا بِدَلِيلٍ مُنَفِّذٍ) وَهُوَ قَضَاءُ القَاضِي بِاللحَاقِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَبْقَى المُكَاتَبُ عَلى مِلكِ الابْنِ أَوْ يَنْتَقِلَ إِلى الأَبِ، لا سَبِيلَ إِلى الأَوَّلِ لأَنَّ الكِتَابَةَ لا تُحِلُّ بِمِلكِ الرَّقَبَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ **المُرْتَدَّ إِذَا عَادَ مُسْلِمًا** أَخَذَ مَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فِي يَدِ وَارِثِهِ، وَلا إِلى الثَّانِي لأَنَّ المُكَاتَبَ لا يَقْبَلُ الانْتِقَالَ مِنْ مِلكٍ إِلى مِلكٍ فَجَعَلنَا الوَارِثَ الذِي هُوَ خَلَفُهُ كَالوَكِيلِ مِنْ جِهَتِهِ لأَنَّ فِي الوَكَالَةِ خِلافَةً احْتِيَالا لِبَقَاءِ حُكْمِ الحَاكِمِ فِي صِحَّةِ الكِتَابَةِ فَكَأَنَّهُ وَكَّلَهُ فِي كِتَابَةِ عَبْدِهِ (وَحُقُوقُ العَقْدِ فِيهِ) أَيْ فِي عَقْدِ الكِتَابَةِ (تَرْجِعُ إِلى المُوَكِّلِ) وَأَمَّا أَنَّ الوَلاءَ لِلمُرْتَدِّ الذِي أَسْلَمَ فَلأَنَّ الوَلاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ، وَالعِتْقُ إِنَّمَا يَحْصُلُ مِنْهُ بَعْدَ أَدَاءِ بَدَلِ الكِتَابَةِ، بِخِلافِ مَا إِذَا رَجَعَ مُسْلِمًا بَعْدَ أَدَاءِ بَدَلِ الكِتَابَةِ لأَنَّ المِلكَ الذِي كَانَ لَهُ لَمْ يَبْقَ قَائِمًا حِينَئِذٍ.

(وَإِذَا قَتَلَ المُرتَدُّ رَجُلا خَطَأً ثُمَّ لحِقَ بِدَارِ الحَربِ أَو قُتِلَ عَلى رِدَّتِهِ فَالدِّيَةُ فِي مَالٍ اكتَسَبَهُ فِي حَالِ الإِسلامِ خَاصَّةً عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: الدِّيَةُ فِيمَا اكتَسَبَهُ فِي حَالَةِ الإِسلامِ وَالرِّدَّةِ جَمِيعًا)؛ لأَنَّ العَوَاقِلَ لا تَعقِلُ المُرتَدَّ؛ لانعِدَامِ النُّصرَةِ فَتَكُونُ فِي مَالِهِ. وَعِندَهُمَا الكَسبَانِ جَمِيعًا مَالُهُ؛ لِنُفُوذِ تَصَرُّفَاتِهِ فِي الحَالَينِ، وَلِهَذَا يَجرِي الإِرثُ فِيهِمَا عِندَهُمَا. وَعِندَهُ مَالُهُ المُكتَسَبُ فِي الإِسلامِ؛ لِنَفَاذِ تَصَرُّفِهِ فِيهِ دُونَ المَكسُوبِ فِي الرِّدَّةِ؛

لِتَوَقُّفِ تَصَرُّفِهِ، وَلِهَذَا كَانَ الأَوَّلُ مِيرَاثًا عَنْهُ، وَالثَّانِي فَيئًا عِندَهُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا قَتَل المُرْتَدُّ رَجُلا) كَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (لانْعدَامِ النُّصْرَة) يَعْنِي أَنَّ التَّعَاقُل إِنَّمَا يَكُونُ باعْتبَارِ التَّنَاصُرِ، وَأَحَدٌ لا يَنْصُرُ المُرْتَدَّ فَتَكُونُ الدِّيَةُ فِي مَاله كَسَائِرِ دُيُونِه وَمَالُهُ هُوَ المُكْتَسَبُ فِي حَال الإِسْلام دُونَ الرِّدَّة عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ (وَعِنْدَهُمَا الكَسْبَان جَميعًا مَالُهُ) فَقَوْلُهُ وَعِنْدَهُ مَالُهُ المُكْتَسَبُ مُبْتَدَأٌ وَخَبَرٌ، وَكَانَ المَقَامُ مُقْتَضِيًا لضَمِيرِ الفصللِيَفْصِلَهُ عَنْ الصِّفَة.

(وَإِذَا قُطِعَت يَدُ المُسلمِ عَمدًا فَارتَدَّ وَالعِيَاذُ بِاللهِ ثُمَّ مَاتَ عَلى رِدَّتِهِ مِن ذَلكَ أَو لحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ ثُمَّ جَاءَ مُسلمًا فَمَاتَ مِن ذَلكَ فَعلَى القَاطِعِ نِصفُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ للوَرَثَةِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ السِّرَايَةَ حلت مَحَلًّا غَيرَ مَعصُومٍ فَأهدِرَت، بِخِلافِ مَا إِذَا قُطِعَت يَدُ المُرتَدِّ ثُمَّ أَسلمَ فَمَاتَ مِن ذَلكَ؛ لأَنَّ الإِهدَارَ لا يَلحَقُهُ الاعتِبَارُ، أَمَّا المُعتَبَرُ قَد يُهدَرُ بِالإِبرَاءِ فَكَذَا بِالرِّدَّةِ. وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا لحِقَ وَمَعنَاهُ إِذَا قُضِيَ بِلحَاقِهِ فَلأَنَّهُ صَارَ مَيِّتًا تَقدِيرًا، وَالمَوتُ يَقطَعُ السِّرَايَةَ، وَإِسلامُهُ حَيَاةٌ حَادِثَةٌ فِي التَّقدِيرِ فَلا يَعُودُ حُكمُ الجِنَايَةِ الأُولى، فَإِذَا لم يَقضِ القَاضِي بِلحَاقِهِ فَهُوَ عَلى الخِلافِ الذِي نُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالى. قَال (فَإِن لم يَلحَق وَأَسلمَ ثُمَّ مَاتَ فَعَليهِ الدِّيَةُ كَامِلةً) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: فِي جَمِيعِ ذَلكَ نِصفُ الدِّيَةِ؛ لأَنَّ اعتِرَاضَ الرِّدَّةِ أَهدَرَ السِّرَايَةَ فَلا يَنقَلِبُ بِالإِسلامِ إِلى الضَّمَانِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدَ مُرتَدٍّ فَأَسلمَ. وَلهُمَا أَنَّ الجِنَايَةَ وَرَدَت عَلى مَحَلٍّ مَعصُومٍ وَتَمَّت فِيهِ فَيَجِبُ ضَمَانُ النَّفسِ، كَمَا إِذَا لم تَتَخَلل الرِّدَّةُ، وَهَذَا؛ لأَنَّهُ لا مُعتَبَرَ بِقِيَامِ العِصمَةِ فِي حَال بَقَاءِ الجِنَايَةِ، وَإِنَّمَا المُعتَبَرُ قِيَامُهَا فِي حَال انعِقَادِ السَّبَبِ وَفِي حَال ثُبُوتِ الحُكمِ، وَحَالةُ البَقَاءِ بِمَعزِلٍ مِن ذَلكَ كُله، وَصَارَ كَقِيَامِ المِلكِ فِي حَال بَقَاءِ اليَمِينِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ أَمَّا الأَوَّلُ) يَعْنِي مَا إِذَا مَاتَ عَلى رِدَّته (قَوْلُهُ فَأُهْدِرَتْ) يَعْنِي السِّرَايَةَ لأَنَّهَا لوْ لمْ تُهْدَرْ لوَجَبَ القصَاصُ فِي العَمْد وَالدِّيَةُ الكَاملةُ فِي الخَطإِ لأَنَّ قَطْعَ اليَد صَارَ نَفْسًا (بخلاف مَا إِذَا **قُطعَتْ يَدُ المُرْتَدِّ ثُمَّ أَسْلمَ فَمَاتَ منْ ذَلكَ**) فَإِنَّهُ لا يَضْمَنُ القَاطعُ منْ ذَلكَ شَيْئًا وَإِنْ كَانَ مَعْصُومًا وَقْتَ السِّرَايَة (لأَنَّ الإِهْدَارَ لا يَلحَقُهُ الاعْتبَارُ) يَعْني

إذَا لَمْ يَقَعْ مُعْتَبَرًا ابْتِدَاءً لا يَنْقَلِبُ مُعْتَبَرًا بَعْدَ ذَلِكَ لأَنَّ غَيْرَ الْمُوجِبِ لا يَنْقَلِبُ مُوجِبًا (أَمَّا الْمُعْتَبَرُ فَقَدْ يُهْدَرُ بِالإِبْرَاءِ فَكَذَلِكَ بِالرِّدَّةِ. قَوْلُهُ فَإِنْ لَمْ يَلحَقْ وَأَسْلَمَ) يَعْنِي إذَا **قَطَعَ يَدَ الْمُسْلِمِ ثُمَّ ارْتَدَّ وَالعِيَاذُ بِاللهِ تَعَالَى وَلَمْ يَلحَقْ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ** فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ (قَوْلُهُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ) أَيْ فِيمَا إذَا مَاتَ عَلَى رِدَّتِه أَوْ لحقَ ثُمَّ جَاءَ مُسْلِمًا أَوْ لَمْ يَلحَقْ وَأَسْلَمَ وَقَوْلُهُ (لأَنَّ اعْتِرَاضَ الرِّدَّةِ أَهْدَرَ السِّرَايَةَ فَلا يَنْقَلِبُ بِالإِسْلامِ إلَى الضَّمَانِ) دَلِيلُهُ أَنَّ الرِّدَّةَ مَعْنًى لوْ مَاتَ عَلَيْه لَمْ يَجِبْ بِالسِّرَايَةِ شَيْءٌ فَكَذَلِكَ إذَا لَمْ يَمُتْ عَلَيْه **كَعَبْدٍ قُطِعَتْ يَدُهُ ثُمَّ بَاعَهُ الْمَوْلَى ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَوْ تَفَاسَخَا الْبَيْعَ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ** لَمْ يَجِبْ إلا دِيَةُ الْيَدِ كَمَا لوْ مَاتَ عَلَى الْبَيْعِ، لأَنَّ الْبَيْعَ مَعْنًى لوْ مَاتَ عَلَيْه لَمْ يَجِبْ بِالسِّرَايَةِ شَيْءٌ، لأَنَّ الإِقْدَامَ عَلَى الْبَيْعِ إبْرَاءٌ عَنْ الْجِنَايَةِ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى، وَصَارَ كَمَا إذَا قَطَعَ يَدَ مُرْتَدٍّ فَأَسْلَمَ سَوَاءٌ مَاتَ مِنْ الْقَطْعِ أَوْ لَمْ يَمُتْ حَيْثُ لا يَجِبُ ضَمَانُ النَّفْسِ فِي الأَوَّلِ وَلا ضَمَانُ الْيَدِ فِي الثَّانِي بِنَاءً عَلَى الأَصْلِ الْمَارِّ أَنَّ الْمُهْدَرَ لا يَلحَقُهُ الاعْتِبَارُ (وَلَهُمَا أَنَّ الْجِنَايَةَ وَرَدَتْ عَلَى مَحَلٍّ مَعْصُومٍ) لأَنَّ الْفَرْضَ أَنَّهُ قَطَعَ يَدَهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ وَتَمَّتْ عَلَى مَحَلٍّ مَعْصُومٍ لأَنَّ الْفَرْضَ أَنَّهُ لَمْ يَلحَقْ وَأَسْلَمَ فَيَجِبُ ضَمَانُ النِّصْفِ وَالْبَاقِي ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَقِيَامِ الملك فِي حَالِ بَقَاءِ الْيَمِينِ) يَعْنِي إذَا **قَالَ لِعَبْدِه إنْ دَخَلتِ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ثُمَّ دَخَلَ الدَّارَ** عَتَقَ، أَمَّا لوْ عُدِمَ الملكُ عِنْدَ الْيَمِينِ أَوْ عِنْدَ الحِنْثِ لَمْ يَعْتِقْ. وَفَرَّقَ بَيْنَ الرِّدَّةِ وَالْبَيْعِ بِأَنَّ الرِّدَّةَ لَيْسَتْ بِإِبْرَاءٍ وَلا مُسْتَلزِمَةً لهُ لأَنَّهَا وُضِعَتْ لِتَبْدِيلِ الدِّينِ وَتَصِحُّ مِنْ غَيْرِ إبْرَاءٍ، إلا أَنَّهُ إذَا مَاتَ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَجِبْ الضَّمَانُ لِهَدْرِ دَمِه بِالرِّدَّةِ، بِخِلافِ بَيْعِ الْعَبْدِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْه لأَنَّ الْبَيْعَ وُضِعَ لِقَطْعِ مِلكِه وَالضَّمَانُ بَدَلُ مِلكِه، فَإِذَا قُطِعَ الأَصْلُ قَصْدًا فَقَدْ قُطِعَ الْبَدَلُ أَيْضًا فَصَارَ كَالإِبْرَاءِ.

وَذَكَرَ فَخْرُ الإِسْلامِ رَحِمَهُ اللهُ فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ قِيَاسٌ، وَقَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا اسْتِحْسَانٌ. وَلَمْ يَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ مَا إذَا كَانَ الْقَاطِعُ هُوَ الذِي ارْتَدَّ فَقُتِلَ وَمَاتَ الْمَقْطُوعُ يَدُهُ بِالسِّرَايَةِ مُسْلِمًا. وَحُكْمُهُ أَنَّهُ إنْ كَانَ عَمْدًا فَلا شَيْءَ لهُ، لأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الْعَمْدِ الْقَوَدُ، وَقَدْ فَاتَ مَحَلُّهُ حِينَ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِه أَوْ مَاتَ، وَإِنْ كَانَ خَطَأً فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَاطِعِ دِيَةُ النَّفْسِ لأَنَّهُ عِنْدَ الْجِنَايَةِ كَانَ مُسْلِمًا، وَجِنَايَةُ الْمُسْلِمِ إذَا كَانَتْ خَطَأً عَلَى عَاقِلَتِه وَتَبَيَّنَ بِالسِّرَايَةِ

أَنَّ جِنَايَتَهُ كَانَتْ قَتْلا فَلِهَذَا كَانَتْ عَلى عَاقلته دِيَةُ النَّفْسِ، وَإِنْ كَانَتْ الجِنَايَةُ مِنْهُ فِي حَال رِدَّته كَانَتْ الدِّيَةُ فِي الخَطإِ فِي مَاله لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ المُرْتَدَّ لا يَعْقِلُ جِنَايَتَهُ أَحَدٌ.

(وَإِذَا ارتَدَّ المُكَاتَبُ وَلحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ وَاكتَسَبَ مَالا فَأُخِذَ بِمَالِهِ وَأَبَى أَن يُسلمَ فَقُتِلَ فَإِنَّهُ يُوَفِّي مَولاهُ مُكَاتَبَتَهُ وَمَا بَقِيَ فَلوَرَثَتِهِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ عَلى أَصلهِمَا؛ لأَنَّ كَسبَ الرِّدَّةِ مِلكُهُ إِذَا كَانَ حُرًّا، فَكَذَا إِذَا كَانَ مُكَاتَبًا. وَأَمَّا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلأَنَّ المُكَاتَبَ إِنَّمَا يَملكُ أَكسَابَهُ بِالكِتَابَةِ، وَالكِتَابَةُ لا تَتَوَقَّفُ بِالرِّدَّةِ فَكَذَا أَكسَابُهُ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لا يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُهُ بِالأَقوَى وَهُوَ الرِّقُّ، فَكَذَا بِالأَدنَى بِالطَّرِيقِ الأَولى.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَحْتَاجُ إِلى الفَرْق بَيْنَ المُرْتَدِّ الحُرِّ وَالمُكَاتَبِ حَيْثُ لَمْ يَجْعَل كَسْبَهُ مِلكًا لهُ إِذَا كَانَ حُرًّا وَجَعَلهُ مِلكًا لهُ إِذَا كَانَ مُكَاتَبًا. وَجْهُ الفَرْق مَا ذَكَرَهُ أَنَّ المُكَاتَبَ يَمْلكُ أَكْسَابَهُ بِعَقْد الكِتَابَة وَعَقْدُ الكِتَابَة لا يَتَوَقَّفُ بِالرِّدَّة لأَنَّهُ لا يَتَوَقَّفُ بِحَقِيقَة المَوْت فَكَذَا بِاللحَاق الذي هُوَ شِبْهُ المَوْت، وَإِذَا لَمْ يَتَوَقَّفْ العَقْدُ لَمْ تَتَوَقَّفْ الأَكْسَابُ الحَاصلةُ بِسَبَبِه وَاسْتَوْضَحَ ذَلكَ بِقَوْله (أَلا تَرَى أَنَّهُ) أَيْ المُكَاتَبَ (لا يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُهُ بِالأَقْوَى وَهُوَ الرِّقُّ فَكَذَا بِالأَدْنَى) يَعْنِي الرِّدَّةَ (بِالطَّرِيقِ الأَوْلى) وَإِنَّمَا كَانَ الرِّقُّ أَقْوَى مِنْ الرِّدَّة فِي المَانعِيَّة عَنْ التَّصَرُّف لأَنَّ بَعْضَ تَصَرُّفَات المُرْتَدِّ نَافذٌ بِالإِجْمَاعِ كَالاسْتِيلاد وَالطَّلاق.

وَعِنْدَهُمَا عَامَّةُ تَصَرُّفَاته نَافذَةٌ كَالبَيْعِ وَالشِّرَاء وَغَيْرِهمَا، وَأَمَّا العَبْدُ فَمَمْنُوعٌ عَنْ التَّصَرُّفَات كُلهَا، ثُمَّ لَمَّا لَمْ يَتَوَقَّفْ تَصَرُّفُ المُكَاتَب مَعَ كَوْنه رَقِيقًا لَمْ يَتَوَقَّفْ تَصَرُّفُهُ أَيْضًا مَعَ أَنَّهُ مُرْتَدٌّ أَوْلى. قَال صَاحِبُ النِّهَايَة رَحِمَهُ اللهُ: قُلت لشَيْخِي رَحِمَهُ اللهُ فِي هَذَا لا يَلزَمُ مِنْ عَدَمِ مَنْعِ الرِّقِّ المُكَاتَبَ عَنْ التَّصَرُّف عَدَمُ مَنْعِ الرِّدَّة عَنْهُ، لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَمْنَعْهُ كُلٌّ وَاحِد مِنْهُمَا عَلى الانْفِرَاد جَازَ أَنْ يَمْنَعَاهُ عِنْدَ الاجْتِمَاعِ، لأَنَّ للاجْتِمَاعِ تَأْثِيرًا كَمَا فِي الشَّاهِدَيْنِ، ثُمَّ اجْتَمَعَ هَاهُنَا للمُكَاتَب ثَلاثَةُ أَوْصَاف كَوْنُهُ مُكَاتَبًا وَرَقِيقًا وَمُرْتَدًّا، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مَمْنُوعًا عِنْدَ اجْتِمَاعِ هَذه الأَوْصَاف. قَال رَحِمَهُ اللهُ: أَمَّا الكِتَابَةُ فَهِيَ مُطْلقَةٌ للتَّصَرُّف لا مَانعَةٌ، وَأَمَّا الرِّقُّ وَالرِّدَّةُ فَكُلٌّ وَاحِد مِنْهُمَا علةٌ فِي المَنْعِ عَنْ التَّصَرُّف بِانْفِرَادِه فَلا يَثْبُتُ الرُّجْحَانُ بِزِيَادَة العلة، كَمَا إِذَا أَقَامَ أَحَدُ المُدَّعِينَ أَرْبَعَةً مِنْ الشُّهُود،

بَل الرُّجْحَانُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِوَصْفٍ فِي العلة لا بالعلة نَفْسِهَا إلى هَذَا لفظُهُ. وَأرَى أنَّ الجَوَابَ بِحَسَبِ النَّظَرِ غَيْرُ مُطَابِقٍ للسُّؤَال لأَنَّهُ مَا أُبْرِزَ السُّؤَالُ مِنْ حَيْثُ إنَّ إحْدَى عِلتَيْ المَنْعِ تُعَارِضُ عِلةَ الإِطْلاقِ وَتَتَرَجَّحُ بالأُخْرَى، بَل أُبْرِزَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُمَا عِنْدَ الاجْتِمَاعِ لَم لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَا مَانِعًا عَنْ التَّصَرُّف بِنَاءً عَلى أَنَّ الهَيْئَة بالاجْتِمَاعِيَّة لَهَا مِنْ الخَوَاصِّ مَا لَيْسَ لِكُلٍّ عَلى الانْفِرَاد، وَلعَل الهَيْئَةَ الاجْتِمَاعِيَّةَ إِنَّمَا يَكُونُ لَهَا زِيَادَةُ تَأْثِيرٍ إذَا أَمْكَنَ أَنْ يَحْصُل مِنْ تَرْكِيبِهَا أَمْرٌ خَارِجِيٌّ أَوْ اعْتِبَارٌ حَقِيقِيٌّ لا فَرْضِيٌّ وَلا يُمْكِنُ ذَلكَ مِنْ الرِّقِّ وَالرِّدَّة.

(وَإِذَا ارتَدَّ الرَّجُلُ وَامرَأَتُهُ وَالعِيَاذُ بِاللهِ وَلحِقَا بِدَارِ الحَربِ فَحَبِلت المَرأَةُ فِي دَارِ الحَربِ وَوَلدَت وَلدًا وَوُلدَ لوَلدِهِمَا وَلدٌ فَظُهِرَ عَلَيهِم جَمِيعًا فَالوَلدَانِ فَيءٌ)؛ لأَنَّ المُرتَدَّةَ تُستَرَقُّ فَيَتبَعُهَا وَلدُهَا، وَيُجبَرُ الوَلدُ الأَوَّلُ عَلى الإِسلامِ، وَلا يُجبَرُ وَلدُ الوَلدِ. وَرَوَى الحَسَنُ عَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُجبَرُ تَبَعًا للجَدِّ، وَأَصلُهُ التَّبَعِيَّةُ فِي الإِسلامِ وَهِيَ رَابِعَةُ أَربَعِ مَسَائِل كُلُّهَا عَلى الرِّوَايَتَينِ. وَالثَّانِيَةُ صَدَقَةُ الفِطرِ. وَالثَّالثَةُ جَرُّ الوَلاءِ. وَالأُخرَى الوَصِيَّةُ للقَرَابَة.

الشرح:

قَال (**وَإِذَا ارْتَدَّ الرَّجُلُ وَامْرَأَتُهُ وَالعِيَاذُ بِاَللهِ**) قِيل قَوْلُهُ فَحَبِلتْ المَرْأَةُ فِي دَارِ الحَرْبِ تَقْيِيدُهُ بِدَارِ الحَرْبِ اتِّفَاقِيٌّ فَإِنَّهَا إنْ حَبِلتْ فِي دَارِنَا ثُمَّ لحِقَتْ بِهِ بِدَارِ الحَرْبِ فَالجَوَابُ كَذَلكَ، وَلعَلهُ ذَكَرَهُ لفَائِدَة وَهِيَ أَنَّ العُلُوقَ إذَا كَانَ فِي دَارِ الحَرْبِ كَانَ أَبْعَدَ عَنْ الإِسْلامِ، وَإِذَا كَانَ فِي دَارِ الإِسْلامِ كَانَ أَقْرَبَ إليْهِ بِاعْتِبَارِ الدَّارِ لكَوْنِ الدَّارِ جِهَةً فِي الاسْتِتْبَاعِ، فَالجَبْرُ هُنَاكَ يَكُونُ جَبْرًا هَاهُنَا بِالطَّرِيقِ الأَوْلى، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا يُجْبَرُ وَلدُ الوَلدِ) وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَة.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لوْ كَانَ مُسْلمًا تَبَعًا للجَدِّ كَانَ تَبَعًا للجَدِّ جَدُّهُ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ النَّاسُ كُلُّهُمْ مُسْلمِينَ بِتَبَعِيَّةِ آدَمَ عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ وَلوْ كَانَ تَبَعًا لأَبِيهِ وَهُوَ تَبَعٌ لكَانَ التَّبَعُ مُسْتَتْبِعًا لغَيْرِهِ وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ يُجْبَرُ تَبَعًا للجَدِّ) لأَنَّ التَّبَعِيَّةَ فِي حَقِّ الأَبِ للتَّفَرُّعِ، وَالتَّفَرُّعُ ثَابِتٌ فِي حَقِّ الجَدِّ وَلهَذَا كَانَ بِمَنْزِلةِ الأَبِ فِي النِّكَاحِ وَبَيْعِ مَال الصَّغِيرِ. وَقَوْلُهُ (كُلُّهَا عَلى الرِّوَايَتَيْنِ) يَعْنِي فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لمْ يُجْعَل

الجَدُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ فِي تِلْكَ المَسَائِلِ، وَفِي رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ جُعِلَ الجَدُّ فِيهَا بِمَنْزِلَةِ الأَبِ، أَمَّا صَيْرُورَةُ الوَلَدِ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ جَدِّهِ فَهِيَ مَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا صُورَةُ صَدَقَةِ الفِطْرِ فَهِيَ أَنَّ الأَبَ إِذَا كَانَ فَقِيرًا أَوْ عَبْدًا وَالجَدُّ مُوسِرٌ هَل تَجِبُ فِطْرَةُ الحَافِدِ عَلَيْهِ أَوْ لا؟ وَأَمَّا صُورَةُ جَرِّ الوَلَاءِ فَلِأَنَّهُ إِذَا أُعْتِقَ الجَدُّ وَالحَافِدُ حُرٌّ وَالأَبُ رَقِيقٌ هَل يَكُونُ وَلَاءُ الحَافِدِ لِمَوَالِي الجَدِّ أَوْ لا يَكُونُ. وَصُورَةُ الوَصِيَّةِ لِلقَرَابَةِ إِذَا أَوْصَى رَجُلٌ لِذِي قَرَابَتِهِ لا يَدْخُلُ الوَالِدَانِ فِيهَا، وَهَل يَدْخُلُ الجَدُّ أَوْلَى عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ. وَذَكَرْنَا هَذِهِ المَسَائِلَ فِي شَرْحِ الفَرَائِضِ السِّرَاجِيَّةِ وَشَرْحِ رِسَالَتِنَا.

قَال (وَارتِدَادُ الصَّبِيِّ الذِي يَعقِلُ ارتِدَادٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَيُجبَرُ عَلَى الإِسلَامِ وَلَا يُقتَلُ، وَإِسلَامُهُ إِسلَامٌ لَا يَرِثُ أَبَوَيهِ إِن كَانَا كَافِرَينِ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: ارتِدَادُهُ لَيسَ بِارتِدَادٍ وَإِسلَامُهُ إِسلَامٌ) وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: إِسلَامُهُ لَيسَ بِإِسلَامٍ وَارتِدَادُهُ لَيسَ بِارتِدَادٍ. لَهُمَا فِي الإِسلَامِ أَنَّهُ تَبَعٌ لِأَبَوَيهِ فِيهِ فَلَا يُجعَلُ أَصلًا. وَلِأَنَّهُ يَلزَمُهُ أَحكَامًا تَشُوبُهَا المَضَرَّةُ فَلَا يُؤَهَّلُ لَهُ. وَلَنَا فِيهِ أَنَّ عَلِيًّا ﷺ أَسلَمَ فِي صِبَاهُ، وَصَحَّحَ النَّبِيُّ ﷺ إِسلَامَهُ، وَافتِخَارُهُ بِذَلِكَ مَشهُورٌ. وَلِأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ الإِسلَامِ وَهِيَ التَّصدِيقُ وَالإِقرَارُ مَعَهُ؛ لِأَنَّ الإِقرَارَ عَن طَوعٍ دَلِيلٌ عَلَى الاعتِقَادِ عَلَى مَا عُرِفَ وَالحَقَائِقُ لَا تُرَدُّ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ سَعَادَةٌ أَبَدِيَّةٌ وَنَجَاةٌ عُقبَاوِيَّةٌ، وَهِيَ مِن أَجَلِّ المَنَافِعِ وَهُوَ الحُكمُ الأَصلِيُّ، ثُمَّ يُبتَنَى عَلَيهِ غَيرُهَا فَلَا يُبَالِي بِشَوبِهِ. وَلَهُم فِي الرِّدَّةِ أَنَّهَا مَضَرَّةٌ مَحضَةٌ، بِخِلَافِ الإِسلَامِ عَلَى أَصلِ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ أَعلَى المَنَافِعِ عَلَى مَا مَرَّ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فِيهَا أَنَّهَا مَوجُودَةٌ حَقِيقَةً، وَلَا مَرَدَّ لِلحَقِيقَةِ كَمَا قُلنَا فِي الإِسلَامِ، إِلَّا أَنَّهُ يُجبَرُ عَلَى الإِسلَامِ لِمَا فِيهِ مِنَ النَّفعِ لَهُ، وَلَا يُقتَلُ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ، وَالعُقُوبَاتُ مَوضُوعَةٌ عَنِ الصِّبيَانِ مَرحَمَةً عَلَيهِم. وَهَذَا فِي الصَّبِيِّ الذِي يَعقِلُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَارْتِدَادُ الصَّبِيِّ الذِي يَعْقِلُ ارْتِدَادٌ) يَعْنِي يَجْرِي عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ فَيَبْطُلُ نِكَاحُهُ وَيَحْرُمُ عَنْ المِيرَاثِ وَيُجْبَرُ عَلَى الإِسْلَامِ وَلَا يُقْتَلُ وَإِنْ أَدْرَكَ كَافِرًا وَيُحْبَسُ، وَتَوْجِيهُ تَحْرِيرِ المَذَاهِبِ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لَهُمَا) أَيْ لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ (أَنَّهُ) أَيْ الصَّبِيَّ الذِي يَعْقِلُ (تَبَعٌ لِأَبَوَيْهِ فِيهِ) أَيْ فِي الإِسْلَامِ (فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا) يَعْنِي يَصِحُّ إِسْلَامُهُ

بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ للأَبَوَيْنِ فَلا يَصِحُّ بِطَرِيقِ الأَصَالَةِ، إِذْ التَّبَعِيَّةُ دَلِيلُ العَجْزِ وَالأَصَالَةُ دَلِيلُ القُدْرَةِ، وَبَيْنَ القُدْرَةِ وَالعَجْزِ تَنَافٍ وَأَحَدُ المُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ الإِسْلامُ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ مَوْجُودٌ بِالإِجْمَاعِ فَيَنْتَفِي الآخَرُ ضَرُورَةً. وَقَوْلُهُ (وَلأَنَّهُ يَلْزَمُهُ) دَلِيلٌ آخَرُ وَهُوَ وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَافْتِخَارُهُ بِذَلِكَ مَشْهُورٌ) يُشِيرُ إِلى مَا قَالَهُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: سَبَقْتُكُمُو إِلى الإِسْلامِ طُرًّا غُلامًا مَا بَلَغْتُ أَوَانَ حُلْمِي وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَاتُ فِي سِنِّهِ حِينَ أَسْلَمَ ﷺ وَحِينَ مَاتَ.

قَال جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ: أَسْلَمَ وَهُوَ ابْنُ خَمْسِ سِنِينَ وَمَاتَ وَهُوَ ابْنُ ثَمَانٍ وَخَمْسِينَ سَنَةً، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَعَاهُ إِلى الإِسْلامِ فِي أَوَّلِ مَبْعَثِهِ وَمُدَّةُ البَعْثِ ثَلاثٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً وَالخِلافَةُ بَعْدَهُ ثَلاثُونَ انْتَهَتْ بِمَوْتِ عَلِيٍّ، فَإِذَا ضَمَمْتَ خَمْسًا إِلى ثَلاثٍ وَخَمْسِينَ صَارَ ثَمَانِيًا وَخَمْسِينَ. وَقَال القُتَبِيُّ: أَسْلَمَ وَهُوَ ابْنُ سَبْعٍ وَمَاتَ وَهُوَ ابْنُ سِتِّينَ (قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ الإِسْلامِ) دَلِيلٌ آخَرُ، وَهُوَ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ سَعَادَةٌ أَبَدِيَّةٌ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْطُوفًا عَلى التَّصْدِيقِ: أَيْ هُوَ التَّصْدِيقُ الأَصْلِيُّ وَهُوَ مَا يَتَعَلَّقُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ خَبَرَ مُبْتَدَأٍ مَحْذُوفٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُبْتَدَأً وَخَبَرُهُ قَوْلُهُ هُوَ الحُكْمُ الأَصْلِيُّ عَلى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ بِغَيْرِ وَاوٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مُبْتَدَأً، وَقَوْلُهُ سَعَادَةٌ أَبَدِيَّةٌ خَبَرَهُ وَهُوَ الأَوْلى، وَهُوَ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلأَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَحْكَامًا تَشُوبُهَا المَضَرَّةُ.

وَعُورِضَ بِأَنَّهُ لوْ صَحَّ إِسْلامُهُ بِنَفْسِهِ وَقَعَ فَرْضًا لأَنَّهُ لا نَفْلَ فِي الإِيمَانِ وَمِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ فَرْضًا أَنْ يَكُونَ مُخَاطَبًا بِهِ وَهُوَ غَيْرُ مُخَاطَبٍ بِالاتِّفَاقِ، فَإِذَا لَمْ يُمْكِنْ تَصْحِيحُهُ فَرْضًا لَمْ يَصِحَّ، بِخِلافِ سَائِرِ العِبَادَاتِ فَإِنَّهُ يَتَرَدَّدُ بَيْنَ الفَرْضِ وَالنَّفْلِ. وَالجَوَابُ أَنَّا لا نُسَلمُ أَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهِ فَرْضًا أَنْ يَكُونَ مُخَاطَبًا. فَإِنَّ **المُسَافِرَ إِذَا حَضَرَ الجُمُعَةَ وَصَلى** وَقَعَ فَرْضًا وَلَيْسَ بِمُخَاطَبٍ بِهِ، وَمَنْ صَلى فِي أَوَّلِ الوَقْتِ وَقَعَ فَرْضًا وَهُوَ لَيْسَ بِمُخَاطَبٍ بِهِ عِنْدَنَا فِي ذَلِكَ الوَقْتِ. وَالجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّهُ تَبَعٌ لأَبَوَيْهِ فِيهِ فَلا يُجْعَلُ أَصْلا أَنَّ إِحْدَى الجِهَتَيْنِ مُؤَيِّدَةٌ بِالأُخْرَى فَلا يَكُونَانِ مُتَنَافِيَيْنِ، وَذَلِكَ كَالجُنْدِيِّ إِذَا سَافَرَ مَعَ السُّلطَانِ وَنَوَى السَّفَرَ فَهُوَ مُسَافِرٌ بِنِيَّةٍ مَقْصُودَةٍ وَتَبَعًا للسُّلطَانِ أَيْضًا (قَوْلُهُ وَلَهُمْ) أَيْ لأَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمْ اللهُ.

وَقَوْلُهُ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ فِيهَا) أَيْ فِي الرِّدَّةِ (أَنَّهَا مَوْجُودَةٌ

حَقِيقَةً وَلا مَرَدَّ للحَقِيقَة كَمَا قُلنَا فِي الإِسْلامِ) فَإِنَّ رَدَّ الرِّدَّة يَكُونُ بالعَفْوِ عَنْهَا وَذَلكَ قَبِيحٌ، كَمَا أَنَّ رَدَّ الإِسْلامِ إِنَّمَا يَكُونُ بالحَجْرِ عَنْهُ وَهُوَ كَذَلكَ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ هَذَا اعْتِبَارُ مَا هُوَ مَضَرَّةٌ مَحْضَةٌ بِمَا هُوَ مَنْفَعَةٌ مَحْضَةٌ وَذَلكَ جَمْعٌ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ بالقِيَاسِ، وَفَرَّقَ الشَّارِعُ بَيْنَهُمَا، وَمِثْلُهُ فَاسِدٌ فِي الوَضْعِ عَلى مَا عُرِفَ فِي الأُصُول. وَالجَوَابُ أَنَّ هَذَا قِيَاسٌ مِنَّا بِوُجُود شَيْءٍ وَتَحقُّقه بِوُجُودِ شَيْءٍ آخَرَ وَتَحقُّقه فِي عَدَمِ جَوَازِ الرَّدِّ، وَلا نُسَلمُ أَنَّ الشَّارِعَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا. وَقَوْلُهُ (إلا أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلى الإِسْلامِ) هَذَا جَوَابُ الاسْتِحْسَانِ وَفِي القِيَاسِ يُقْتَلُ لرِدَّتِهِ بَعْدَ إِسْلامِهِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ عُقُوبَةٌ وَالعُقُوبَاتُ مَوْضُوعَةٌ عَنْ الصِّبْيَان مَرْحَمَةٌ عَليْهِمْ)

قَال فِي النِّهَايَة: فِيه نَظَرٌ لأَنَّهُ أَسْقَطَ عُقُوبَةَ القَتْل عَنْ الصَّبِيِّ الْمُرْتَدِّ مَرْحَمَةً لصِبَاهُ، وَاللهُ تَعَالى أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ وَهُوَ لَمْ يَرْحَمْ عَلَيْه حَتَّى عَاقَبَهُ فِي النَّارِ مُخَلدًا كَسَائِرِ الكُفَّارِ، وَذَلكَ مَنْصُوصٌ عَليْه فِي الأَسْرَارِ وَالجَامِعِ الصَّغِيرِ للإِمَامِ التُّمُرْتَاشِيِّ وَمُشَارٌ إِليْهِ فِي المَبْسُوطِ. ثُمَّ قَال: وَأَوْلى مَا يُعَللُ بِهِ فِي عَدَمِ **قَتْل الصَّبِيِّ الْمُرْتَدِّ** مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ تَعْليل المَبْسُوطِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَإِنَّمَا لا يُقْتَلُ لقِيَامِ الشُّبْهَةِ بِسَبَبِ اخْتِلافِ العُلمَاءِ رَحِمَهُمُ اللهُ فِي صِحَّةِ إِسْلامِهِ فِي الصِّغَرِ، وَاللهُ تَعَالى أَعْلمُ.

باب البغاة

وَمَن لا يَعقِلُ مِن الصِّبيَانِ لا يَصِحُّ ارتِدَادُهُ؛ لأَنَّ إِقرَارَهُ لا يَدُلُّ عَلى تَغَيُّرِ العَقِيدَةِ، وَكَذَا المَجنُونُ وَالسَّكرَانُ الذِي لا يَعقِلُ.

الشرح:

(**بَابُ البُغَاة**): أَخَّرَ هَذَا البَابَ عَنْ بَابِ الْمُرْتَدِّ لقِلةِ وُجُودِهِ، وَ**البُغَاةُ** جَمْعُ بَاغٍ كَالقُضَاة جَمْعُ قَاضٍ،

(وَإِذَا تَغلبَ قَومٌ مِن المُسلمِينَ عَلى بَلدٍ وَخَرَجُوا مِن طَاعَةِ الإِمَامِ دَعَاهُم إِلى العَودِ إِلى الجَمَاعَةِ وَكَشَفَ عَن شُبهَتِهِم)؛ لأَنَّ عَليًّا فَعَل كَذَلكَ بِأَهل حَرُورَاءَ قَبل قِتَالهِم، وَلأَنَّهُ أَهوَنُ الأَمرَينِ. وَلعَل الشَّرَّ يَندَفِعُ بِهِ فَيُبدَأُ بِهِ.

الشرح:

وَإِذَا تَغَلبَ قَوْمٌ مِنْ الْمُسْلمِينَ عَلى بَلدٍ وَخَرَجُوا مِنْ طَاعَةِ الإِمَامِ دَعَاهُمْ إِلى

العَوْدِ إلى الجَمَاعَةِ وَكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ) وَذَلِكَ بِطَرِيقِ الاسْتِحْبَابِ، فَإِنَّ أَهْلَ العَدْلِ لَوْ قَاتَلُوا مِنْ غَيْرِ دَعْوَةٍ إلى العَوْدِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ لِأَنَّهُمْ عَلِمُوا مَا يُقَاتِلُونَ عَلَيْهِ. فَحَالُهُمْ فِي ذَلِكَ كَحَالِ المُرْتَدِّينَ وَأَهْلِ الحَرْبِ الذينَ بَلَغَتْهُمُ الدَّعْوَةُ (لِأَنَّ عَلِيًّا ﷺ فَعَلَ ذَلِكَ بِأَهْلِ حَرُورَاءَ) بِالحَاءِ المُهْمَلَةِ مَمْدُودًا وَمَقْصُورًا: قَرْيَةٌ بِالكُوفَةِ كَانَ بِهَا أَوَّلُ تَحْكِيمِ الخَوَارِجِ وَاجْتِمَاعُهُمْ بِسَبَبِ تَحْكِيمِ عَلِيٍّ أَبَا مُوسَى الأَشْعَرِيَّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُعَاوِيَةَ قَائِلِينَ إنَّ القِتَالَ وَاجِبٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى﴾ [الحجرات: ٩] الآيَةَ. وَعَلَى تَرْكِ القِتَالِ بِالتَّحْكِيمِ وَهُوَ كُفْرٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤] وَذَلِكَ أَنَّهُ ﷺ أَنْفَذَ ابْنَ عَبَّاسٍ لِيَكْشِفَ شُبْهَتَهُمْ وَيَدْعُوَهُمْ إلى العَوْدِ، فَلَمَّا ذَكَرُوا شُبْهَتَهُمْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا هَذِهِ الحَادِثَةُ لَيْسَتْ بِأَدْنَى مِنْ بَيْضِ حَمَامٍ، وَفِيهِ التَّحْكِيمُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥] فَكَانَ تَحْكِيمُ عَلِيٍّ ﷺ مُوَافِقًا لِلنَّصِّ فَأَلْزَمَهُمُ الحُجَّةَ، فَتَابَ البَعْضُ وَأَصَرَّ البَعْضُ، وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ.

(وَلا يَبدَأُ بِقِتَالٍ حَتَّى يَبدَءُوهُ، فَإِن بَدَءُوهُ قَاتَلَهُم حَتَّى يُفَرِّقَ جَمعَهُم) قَالَ العَبدُ الضَّعِيفُ: هَكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي مُختَصَرِهِ. وَذَكَرَ الإِمَامُ المَعرُوفُ بِخُوَاهَر زَادَه أَنَّ عِندَنَا يَجُوزُ أَن يَبدَأَ بِقِتَالِهِم إِذَا تَعَسكَرُوا وَاجتَمَعُوا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ حَتَّى يَبدَءُوا بِالقِتَالِ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ قَتلُ المُسلِمِ إلا دَفعًا وَهُم مُسلِمُونَ، بِخِلَافِ الكَافِرِ؛ لِأَنَّ نَفسَ الكُفرِ مُبِيحٌ عِندَهُ. وَلَنَا أَنَّ الحُكمَ يُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ الاجتِمَاعُ وَالامتِنَاعُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لو انتَظَرَ الإِمَامُ حَقِيقَةَ قِتَالِهِم رُبَّمَا لا يُمكِنُهُ الدَّفعُ فَيُدَارُ عَلَى الدَّلِيلِ ضَرُورَةَ دَفعِ شَرِّهِم، وَإِذَا بَلَغَهُ أَنَّهُم يَشتَرُونَ السِّلَاحَ وَيَتَأَهَّبُونَ لِلقِتَالِ يَنبَغِي أَن يَأخُذَهُم وَيَحبِسَهُم حَتَّى يُقلِعُوا عَن ذَلِكَ وَيُحدِثُوا تَوبَةً دَفعًا لِلشَّرِّ بِقَدرِ الإِمكَانِ. وَالمَروِيُّ عَن أَبِي حَنِيفَةَ مِن لُزُومِ البَيتِ مَحمُولٌ عَلَى حَالِ عَدَمِ الإِمَامِ، أَمَّا إِعَانَةُ الإِمَامِ الحَقِّ فَمِن الوَاجِبِ عِندَ الغَنَاءِ وَالقُدرَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ مِنْ لُزُومِ البَيْتِ) يُرِيدُ بِهِ مَا رَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الفِتْنَةَ إِذَا وَقَعَتْ بَيْنَ المُسْلِمِينَ فَالوَاجِبُ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ أَنْ

يَعْتَزِل الفِتْنَةَ وَيَقْعُدَ فِي بَيْتِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ فَرَّ مِنَ الفِتْنَةِ أَعْتَقَ اللهُ رَقَبَتَهُ مِنَ النَّارِ» (مَحْمُولٌ عَلَى حَالِ عَدَمِ الإِمَامِ) أَمَّا إِذَا كَانَ المُسْلِمُونَ مُجْتَمِعِينَ عَلَى إِمَامٍ وَكَانُوا آمِنِينَ بِهِ وَالسُّبُلُ آمِنَةٌ فَخَرَجَ عَلَيْهِ طَائِفَةٌ مِنَ المُؤْمِنِينَ فَحِينَئِذٍ يَجِبُ عَلَى كُلِ مَنْ يَقْوَى عَلَى القِتَالِ أَنْ يُقَاتِلَهُمْ نَصْرًا لِإِمَامِ المُسْلِمِينَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَقَـٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى﴾ [الحجرات: ٩] فَإِنَّ الأَمْرَ لِلوُجُوبِ.

(فَإِن كَانَت لَهُم فِئَةٌ أُجهِزَ عَلَى جَرِيحِهِم وَأُتبِعَ مُوَلِّيهِم) دَفعًا لِشَرِّهِم كَي لَا يَلحَقُوا بِهِم (وَإِن لَم يَكُن لَهُم فِئَةٌ لَم يُجهَز عَلَى جَرِيحِهِم وَلَم يُتبَع مُوَلِّيهِم) لِاندِفَاعِ الشَّرِّ دُونَهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الحَالَينِ؛ لِأَنَّ القِتَالَ إِذَا تَرَكُوهُ لَم يَبقَ قَتلُهُم دَفعًا. وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرنَاهُ أَنَّ المُعتَبَرَ دَلِيلُهُ لَا حَقِيقَتُهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أُجْهِزَ وَأُتْبِعَ) عَلَى بِنَاءِ المَفْعُولِ، وَيُقَالُ أَجْهَزْت عَلَى الجَرِيحِ إِذَا أَسْرَعْت قَتْلَهُ وَتَمَّمْت عَلَيْهِ

(وَلَا يُسبَى لَهُم ذُرِّيَّةٌ وَلَا يُقَسَّمُ لَهُم مَالٌ) لِقَولِ عَلِيٍّ يَومَ الجَمَلِ: وَلَا يُقتَلُ أَسِيرٌ وَلَا يُكشَفُ سِترٌ وَلَا يُؤخَذُ مَالٌ، وَهُوَ القُدوَةُ فِي هَذَا البَابِ. وَقَولُهُ فِي الأَسِيرِ تَأوِيلُهُ إِذَا لَم يَكُن لَهُم فِئَةٌ، فَإِن كَانَت يَقتُلُ الإِمَامُ الأَسِيرَ، وَإِن شَاءَ حَبَسَهُ لِمَا ذَكَرنَا، وَلِأَنَّهُم مُسلِمُونَ وَالإِسلَامُ يَعصِمُ النَّفسَ وَالمَالَ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرٌ) هُوَ مَقُولُ عَلِيٍّ ﷺ (وَلَا يُكْشَفُ سِتْرٌ) أَيْ لَا تُسْبَى نِسَاؤُهُمْ، أَلَا تَرَى أَنَّ أَصْحَابَ عَلِيٍّ ﷺ سَأَلُوهُ قِسْمَةَ ذَلِكَ فَقَالَ: فَإِذَا قُسِمَتْ فَلِمَنْ تَكُونُ عَائِشَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا. وَالقُدْوَةُ اسْمٌ لِلاقْتِدَاءِ كَالأُسْوَةِ اسْمٌ لِلائْتِسَاءِ، يُقَالُ فُلَانٌ قُدْوَةٌ: أَيْ يُقْتَدَى بِهِ (قَوْلُهُ لِمَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ، إِلَى قَوْلِهِ وَيَحْبِسُهُمْ إِلَى قَوْلِهِ دَفْعًا لِلشَّرِّ (قَوْلُهُ وَلِأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(وَلَا بَأسَ بِأَن يُقَاتِلُوا بِسِلَاحِهِم إِن احتَاجَ المُسلِمُونَ إِلَيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ، وَالكُرَاعُ عَلَى هَذَا الخِلَافِ. لَهُ أَنَّهُ مَالُ مُسلِمٍ فَلَا يَجُوزُ الانتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ. وَلَنَا أَنَّ عَلِيًّا قَسَّمَ السِّلَاحَ فِيمَا بَينَ أَصحَابِهِ بِالبَصرَةِ وَكَانَت قِسمَتُهُ لِلحَاجَةِ لَا لِلتَّملِيكِ، وَلِأَنَّ

للإمَامِ أَن يَفعَل ذَلكَ فِي مَال العَادِل عِندَ الحَاجَةِ، فَفِي مَال البَاغِي أَولى وَالمَعنَى فِيهِ إلحَاقُ الضَّرَرِ الأَدنَى لدَفعِ الأَعلى.

(وَيَحبِسُ الإِمَامُ أَموَالهُم فَلا يَرُدُّهَا عَليهِم وَلا يُقَسِّمُهَا حَتَّى يَتُوبُوا فَيَرُدُّهَا عَليهِم) أَمَّا عَدَمُ القِسمَةِ فَلمَا بَيَّنَّاهُ. وَأَمَّا الحَبسُ فَلدَفعِ شَرِّهِم بِكَسرِ شَوكَتِهِم وَلهَذَا يَحبِسُهَا عَنهُم، وَإِن كَانَ لا يَحتَاجُ إِليهَا، إِلا أَنَّهُ يَبِيعُ الكُرَاعَ؛ لأَنَّ حَبسَ الثَّمَنِ أَنظَرُ وَأَيسَرُ، وَأَمَّا الرَّدُّ بَعدَ التَّوبَةِ فَلاندِفَاعِ الضَّرُورَةِ وَلا استِغنَامَ فِيهَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (أَمَّا عَدَمُ القِسْمَةِ فَلمَا بَيَّنَّاهُ) إشَارَةٌ إلى قَوْل عَليٍّ: وَلا يُؤْخَذُ مَالٌ، وَقَوْلُهُ لأَنَّهُمْ مُسْلمُونَ.

قَال: (وَمَا جَبَاهُ أَهلُ البَغيِ مِن البِلادِ التِي غَلبُوا عَليهَا مِن الخَرَاجِ وَالعُشرِ لم يَأخُذهُ الإِمَامُ ثَانِيًا)؛ لأَنَّ وِلايَةَ الأَخذِ لهُ بِاعتِبَارِ الحِمَايَةِ وَلم يَحمِهِم (فَإِن كَانُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ أَجزَأَ مَن أُخِذَ مِنهُ) لوُصُول الحَقِّ إلى مُستَحِقِّهِ (وَإِن لم يَكُونُوا صَرَفُوهُ فِي حَقِّهِ فَعَلى أَهلهِ فِيمَا بَينَهُم وَبَينَ اللهِ تَعَالى أَن يُعِيدُوا ذَلكَ)؛ لأَنَّهُ لم يَصِل إلى مُستَحِقِّهِ. قَال العَبدُ الضَّعِيفُ: قَالُوا الإِعَادَةُ عَليهِم فِي الخَرَاجِ؛ لأَنَّهُم مُقَاتِلةٌ فَكَانُوا مَصَارِفَ، وَإِن كَانُوا أَغنِيَاءَ، وَفِي العُشرِ إن كَانُوا فُقَرَاءَ، فَكَذَلكَ؛ لأَنَّهُ حَقُّ الفُقَرَاءِ وَقَد بَيَّنَّاهُ فِي الزَّكَاةِ. وَفِي المُستَقبَل يَأخُذُهُ الإِمَامُ؛ لأَنَّهُ يَحمِيهِم فِيهِ؛ لظُهُورِ وِلايَتِهِ.

(وَمَن قَتَل رَجُلا وَهُمَا مِن عَسكَرِ أَهل البَغيِ ثُمَّ ظُهِرَ عَليهِم فَليسَ عَليهِم شَيءٌ)؛ لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لإِمَامِ العَدل حِينَ القَتل فَلم يَنعَقِد مُوجِبًا كَالقَتل فِي دَارِ الحَربِ.

(وَإِن غَلبُوا عَلى مِصرٍ فَقَتَل رَجُلٌ مِن أَهل المِصرِ رَجُلا مِن أَهل المِصرِ عَمدًا ثُمَّ ظُهِرَ عَلى المِصرِ فَإِنَّهُ يُقتَصُّ مِنهُ) وَتَأوِيلُهُ إذَا لم يَجرِ عَلى أَهلهِ أَحكَامُهُم وَأُزعِجُوا قَبل ذَلكَ، وَفِي ذَلكَ لم تَنقَطِع وِلايَةُ الإِمَامِ فَيَجِبُ القِصَاصُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَأُزْعِجُوا) يَعْنِي أُقْلعَ أَهْلُ البَغْيِ مِنْ المِصْرِ (قَبْل ذَلكَ) أَيْ قَبْل إجْرَاءِ أَحْكَامِهِمْ عَلى أَهْلهِ.

(وَإِذَا قَتَل رَجُلٌ مِن أَهل العَدل بَاغِيًا فَإِنَّهُ يَرِثُهُ، فَإِن قَتَلهُ البَاغِي وَقَال قَد كُنت

عَلى حَقٍّ وَأنَا الآنَ عَلى حَقٍّ وَرِثَهُ، وَإن قَال قَتَلته وَأنَا أعلمُ أنّي عَلى البَاطِل لم يَرثهُ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ) وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يَرِثُ البَاغِي فِي الوَجهَينِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ. وَأَصلُهُ أنَّ العَادِل إذَا أتلفَ نَفسَ البَاغِي أَو مَالهُ لا يَضمَنُ وَلا يَأثَمُ؛ لأنَّهُ مَأمُورٌ بِقِتَالِهِم دَفعًا لشَرِّهِم، وَالبَاغِي إذَا قَتَل العَادِل لا يَجِبُ الضَّمَانُ عِندَنَا وَيَأثَمُ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي القَدِيمِ: إنَّهُ يَجِبُ، وَعَلى هَذَا الخِلافُ إذَا تَابَ المُرتَدُّ، وَقَد أتلفَ نَفسًا أَو مَالا. لهُ أنَّهُ أتلفَ مَالا مَعصُومًا أَو قَتَل نَفسًا مَعصُومَةً فَيَجِبُ الضَّمَانُ اعتِبَارًا بِمَا قَبل المَنَعَةِ. وَلنَا إجمَاعُ الصَّحَابَةِ، رَوَاهُ الزُّهرِيُّ. وَلأنَّهُ أتلفَ عَن تَأوِيلٍ فَاسِدٍ، وَالفَاسِدُ مِنهُ مُلحَقٌ بِالصَّحِيحِ إذَا ضُمَّت إليهِ المَنَعَةُ فِي حَقِّ الدَّفعِ كَمَا فِي مَنَعَةِ أَهل الحَربِ وَتَأوِيلهِم، وَهَذَا؛ لأنَّ الأحكَامَ لا بُدَّ فِيهَا مِن الإلزَامِ أَو الالتِزَامِ، وَلا التِزَامَ لاعتِقَادِ الإبَاحَةِ عَن تَأوِيلٍ، وَلا إلزَامَ لعَدَمِ الوِلايَةِ لوُجُودِ المَنَعَةِ، وَالوِلايَةُ بَاقِيَةٌ قَبل المَنَعَةِ وَعِندَ عَدَمِ التَّأوِيل ثَبَتَ الالتِزَامُ اعتِقَادًا، بِخِلافِ الإثمِ؛ لأنَّهُ لا مَنَعَةَ فِي حَقِّ الشَّارِعِ، إذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ: قَتلُ العَادِل البَاغِيَ قَتلٌ بِحَقٍّ فَلا يَمنَعُ الإرثَ. وَلأبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي قَتل البَاغِي العَادِل أنَّ التَّأوِيل الفَاسِدَ إنَّمَا يُعتَبَرُ فِي حَقِّ الدَّفعِ وَالحَاجَةُ هَاهُنَا إلى استِحقَاقِ الإرثِ فَلا يَكُونُ التَّأوِيلُ مُعتَبَرًا فِي حَقِّ الإرثِ. وَلهُمَا فِيهِ أنَّ الحَاجَةَ إلى دَفعِ الحِرمَانِ أَيضًا، إذ القَرَابَةُ سَبَبُ الإرثِ فَيُعتَبَرُ الفَاسِدُ فِيهِ، إلا أنَّ مِن شَرطِهِ بَقَاءَهُ عَلى دِيَانَتِهِ، فَإِذَا قَال: كُنت عَلى البَاطِل لم يُوجَد الدَّافِعُ فَوَجَبَ الضَّمَانُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فِي الوَجْهَيْنِ) أَيْ فِي الوَجْه الذي قَال أَنَا عَلى الحَقِّ وَفِي الوَجْه الذي قَال أَنَا عَلى البَاطِل وَقَوْلُهُ (رَوَاهُ الزُّهْرِيُّ) قَال الزُّهْرِيُّ: وَقَعَتْ الفِتْنَةُ وَأَصْحَابُ رَسُول الله ﷺ كَانُوا مُتَوَافِرِينَ، فَاتَّفَقُوا عَلى أَنَّ كُل دَمٍ أُرِيقَ بِتَأْوِيل القُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ، وَكُلُّ فَرْجٍ اُسْتُحِل بِتَأْوِيل القُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ، وَكُلُّ مَالٍ أُتْلِفَ بِتَأْوِيل القُرْآنِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ. قَوْلُهُ (وَلا التِزَامَ لاعْتِقَادِ الإِبَاحَةِ) يَعْنِي أَنَّ البَاغِيَ اعْتَقَدَ إبَاحَةَ أَمْوَال العَادِل بِأَنَّ العَادِل عَصَى اللهَ وَرَسُولهُ وَلمْ يَعْمَل بِمُوجَبِ الكِتَابِ. وَقَوْلُهُ (وَلهُمَا فِيهِ) أَيْ لأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا فِي **قَتْل البَاغِي العَادِل**. وَقَوْلُهُ (فَيُعْتَبَرُ الفَاسِدُ) أَيْ يُعْتَبَرُ التَّأْوِيلُ الفَاسِدُ فِي دَفْعِ الحِرْمَانِ. وَقَوْلُهُ (لمْ يُوجَدْ الدَّافِعُ) أَيْ التَّأْوِيلُ الدَّافِعُ للضَّمَانِ.

قال (وَيُكرَهُ بَيعُ السِّلاحِ مِن أَهلِ الفِتنَةِ وَفِي عَسَاكِرِهِم)؛ لأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى المَعصِيَةِ (وَلَيسَ بِبَيعِهِ بِالكُوفَةِ مِن أَهلِ الكُوفَةِ وَمَن لم يَعرِفهُ مِن أَهلِ الفِتنَةِ بَأسٌ)؛ لأَنَّ الغَلَبَةَ فِي الأَمصَارِ لأَهلِ الصَّلاحِ، وَإِنَّمَا يُكرَهُ بَيعُ نَفسِ السِّلاحِ لا بَيعُ مَا لا يُقَاتَلُ بِهِ إِلا بِصَنعَةٍ، أَلا تَرَى أَنَّهُ يُكرَهُ بَيعُ المَعَازِفِ وَلا يُكرَهُ بَيعُ الخَشَبِ، وَعَلَى هَذَا الخَمرُ مَعَ العِنَبِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَيْسَ بِبَيْعِه بِالكُوفَة) تَقْييدُهُ بِالكُوفَة بِاعْتِبَارِ أَنَّ البُغَاةَ خَرَجُوا فِيهَا أَوَّلا وَإِلا فَالحُكْمُ فِي غَيْرِهَا كَذَلِكَ. وَقَوْلُهُ (إِلا بِالصَّنْعَة) بِه يُرِيدُ الحَدِيدَ، لأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ سِلاحًا بِفِعْلِ غَيْرِه فَلا يُنْسَبُ إِلَيْهِ أَلا تَرَى أَنَّهُ يُكْرَهُ **بَيْعُ المَعَازِف**) قِيل جَمْعُ مِعْزَف ضَرْبٌ مِنْ الطَّنَابِيرِ يَتَّخِذُهُ أَهْلُ اليَمِينِ (وَلا يُكْرَهُ **بَيْعُ الخَشَب**) لأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ مِعْزَفًا بِفِعْلِ غَيْرِه. قَوْلُهُ (وَعَلَى هَذَا **بَيْعُ الخَمْرِ** مَعَ العِنَبِ) أَيْ لا يَجُوزُ بَيْعُ الخَمْرِ وَيَجُوزُ **بَيْعُ العِنَب**، وَالفَرْقُ لأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ بَيْنَ كَرَاهَة **بَيْعِ السِّلاحِ مِنْ أَهْلِ الفِتْنَة** وَعَدَمِ كَرَاهَة **بَيْعِ العَصِيرِ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا** سَيَأْتِي فِي بَابِ الكَرَاهَة إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى، وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ المَرْجِعُ وَالمَآبُ.

كِتَابُ اللقِيطِ

اللقِيطُ سُمِّيَ بِهِ بِاعتِبَارِ مَآلِه لمَا أَنَّهُ يُلقَطُ. وَالالتِقَاطُ مَندُوبٌ إليهِ لمَا فِيهِ مِن إحيَائِه، وَإِن غَلبَ عَلى ظَنِّه ضَيَاعُهُ فَوَاجِبٌ. قَال (اللقِيطُ حُرٌّ)؛ لأَنَّ الأَصل فِي بَنِي آدَمَ إنَّمَا هُوَ الحُرِّيَّةُ، وَكَذَا الدَّارُ دَارُ الأَحرَارِ؛ وَلأَنَّ الحُكمَ للغَالبِ

الشرح:

(**كِتَابُ اللقيط**): لمَّا كَانَ فِي الالتقَاط دَفْعُ الهَلاك عَنْ نَفْسِ المُلتقط ذَكَرَهُ عَقيبَ الجِهَاد الذي فِيه دَفْعُ الهَلاك عَنْ نَفْسِ عَامَّة المُسْلمينَ وَاللقيطُ: اسْمٌ لشَيْءٍ مَنْبُوذ فَعيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ كَالجَرِيحِ وَفِي الشَّرِيعَة اسْمٌ لحَيٍّ مَوْلُود طَرَحَهُ أَهْلُهُ خَوْفًا مِنْ العَيْلة أَوْ فرَارًا مِنْ تُهْمَة الزِّنَا، مُضَيِّعُهُ آثمٌ وَمُحْرِزُهُ غَانمٌ لأَنَّ فيه الإحْيَاء، وَقَدْ قَال تَعَالى: ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾ [المائدة: ٣٢] فَإِذَا كَانَ بِمَعْنَى المَفْعُول كَانَ تَسْمِيَةَ الشَّيْءِ باسْمِ مَا يَئُولُ إليْه لمَا أَنَّهُ يُلتَقَطُ وَهُوَ حُرٌّ أَيْ فِي جَميعِ أَحْكَامه حَتَّى أَنَّ قَاذفَهُ يُحَدُّ وَقَاذفُ أُمِّه لا يُحَدُّ، كَذَا فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الأَصْل فِي بَنِي آدَمَ الحُرِّيَّةُ) لأَنَّهُمْ مِنْ آدَمَ وَحَوَّاءَ وَهُمَا حُرَّان. وَالرِّقُّ إنَّمَا هُوَ لعَارِضِ الكُفْرِ عَلى مَا تَقَدَّمَ، وَالأَصْلُ عَدَمُ العَارِضِ، وَلأَنَّ الحُكْمَ للغَالبِ وَالغَالبُ فِيمَنْ يَسْكُنُ بِلادَ الإِسْلامِ الحُرِّيَّةُ.

(وَنَفَقَتُهُ فِي بَيتِ المَال) هُوَ المَروِيُّ عَن عُمَرَ وَعَليٍّ، وَلأَنَّهُ مُسلمٌ عَاجِزٌ عَن التَّكَسُّبِ، وَلا مَال لهُ وَلا قَرَابَةَ فَأَشبَهَ المُقعَدَ الذِي لا مَال لهُ وَلا قَرَابَةَ؛ وَلأَنَّ مِيرَاثَهُ لبَيتِ المَال، وَالخرَاجُ بِالضَّمَانِ وَلهَذَا كَانَت جِنَايَتُهُ فِيهِ. وَالمُلتَقِطُ مُتَبَرِّعٌ فِي الإِنفَاقِ عَليهِ؛ لعَدَمِ الوِلايَةِ إلا أَن يَأمُرَهُ القَاضِي بِهِ لِيَكُونَ دَينًا عَليهِ لعُمُومِ الوِلايَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا) رُوِيَ عَنْ عَليٍّ رضي الله عنه أَنَّهُ قَال: اللقيطُ حُرٌّ وَعَقْلُهُ وَوَلاؤُهُ للمُسْلمينَ. وَعَنْ عُمَرَ رضي الله عنه مثْلُهُ. وَقَوْلُهُ (وَالخَرَاجُ بِالضَّمَان) أَيْ لهُ غُنْمُهُ وَعَليْه غُرْمُهُ، كَغَلة العَبْد المَعيبِ للمُشْتَرِي قَبْل الرَّدِّ لأَنَّهُ قَبْل الرَّدِّ فِي ضَمَانه، يُقَالُ خَرَاجُ غُلامه: إذَا اتَّفَقَا عَلى ضَرِيبَة يُؤَدِّيها عَليْه فِي وَقْت مَعْلُومٍ. وَقَوْلُهُ (فيه) أَيْ فِي بَيْت المَال، وَيُقَالُ بَرَعَ الرَّجُلُ وَبَرُعَ بالفَتْحِ وَالضَّمِّ: إذَا فَضُل عَلى أَقْرَانه، وَمنْهُ يُقَالُ للمُتَفَضِّل المُتَبَرِّعُ. وَقَوْلُهُ (إلا أَنْ يَأْمُرَهُ القَاضِي ليَكُونَ دَيْنًا عَليْه لعُمُومِ

الوِلايَة) فِي قَوْلِهِ لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ إشَارَةً إلَى أَنَّهُ إنَّمَا يَصِيرُ دَيْنًا إذَا قَالَ ذَلِكَ، وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: مُجَرَّدُ أَمْرِ القَاضِي بِالإِنْفَاقِ عَلَيْهِ يَكْفِي، وَلا يُشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ عَلَى أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَيْهِ، لأَنَّ أَمْرَ القَاضِي نَافِذٌ عَلَيْهِ كَأَمْرِهِ بِنَفْسِهِ أَنْ لَوْ كَانَ مِنْ أَهْلِهِ، وَلَوْ كَانَ مِنْ أَهْلِهِ وَأَمَرَ غَيْرَهُ بِالإِنْفَاقِ عَلَيْهِ كَانَ مَا يُنْفِقُ دَيْنًا عَلَيْهِ، فَكَذَا إذَا أَمَرَهُ القَاضِي. وَالأَصَحُّ أَنْ لا يَرْجِعَ مَا لَمْ يَقُلِ القَاضِي ذَلِكَ لأَنَّ مُطْلَقَهُ مُحْتَمَلٌ قَدْ يَكُونُ لِلحَثِّ وَالتَّرْغِيبِ فِي إتْمَامِ مَا شَرَعَ فِيهِ مِنْ التَّبَرُّعِ، وَإِنَّمَا يَزُولُ هَذَا الاحْتِمَالُ إذَا شُرِطَ أَنْ يَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ.

قال (فَإِن التَقَطَهُ رَجُلٌ لم يَكُن لغَيرِهِ أَن يَأخُذَهُ مِنهُ)؛ لأَنَّهُ ثَبَتَ حَقُّ الحِفظِ لهُ لسَبَقِ يَدِهِ (فَإن ادَّعَى مُدَّعٍ أَنَّهُ ابنُهُ فَالقَولُ قَولُهُ). مَعنَاهُ: إذَا لم يَدَّعِ المُلتَقِطُ نَسَبَهُ وَهَذَا استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَن لا يُقبَلَ قَولُهُ؛ لأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إبطَالَ حَقِّ المُلتَقِطِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّهُ إقرَارٌ للصَّبِيِّ بِمَا يَنفَعُهُ؛ لأَنَّهُ يَتَشَرَّفُ بِالنَّسَبِ وَيُعَيَّرُ بِعَدَمِهِ. ثُمَّ قِيل يَصِحُّ فِي حَقِّهِ دُونَ إبطَالِ يَدِ المُلتَقِطِ. وَقِيل يُبتَنَى عَليهِ بُطلانُ يَدِهِ، وَلو ادَّعَاهُ المُلتَقِطُ قِيل يَصِحُّ قِيَاسًا وَاستِحسَانًا، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى القِيَاسِ وَالاستِحسَانِ وَقَد عُرِفَ فِي الأَصلِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (مَعْنَاهُ: إذَا لَمْ يَدَّعِ المُلتَقِطُ نَسَبَهُ) يَعْنِي إذَا **ادَّعَاهُ المُلتَقِطُ وَرَجُلٌ آخَرُ** فَالمُلتَقِطُ أَوْلَى لأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي الدَّعْوَى وَلأَحَدِهِمَا يَدٌ فَكَانَ صَاحِبُ اليَدِ أَوْلَى. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ قِيلَ يَصِحُّ فِي حَقِّهِ) أَيْ فِي حَقِّ النَّسَبِ، وَقِيلَ يُبْتَنَى عَلَيْهِ بُطْلانُ يَدِهِ لأَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ النَّسَبِ أَنْ يَكُونَ هُوَ أَحَقَّ بِحِفْظِ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ ادَّعَاهُ المُلتَقِطُ) أَيْ وَلَوْ **ادَّعَى المُلتَقِطُ نَسَبَ اللقِيطِ وَقَالَ هُوَ ابْنِي بَعْدَمَا قَالَ إنَّهُ لقِيطٌ**، قِيلَ يَصِحُّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا لأَنَّهُ لَمْ يَبْطُل بِدَعْوَاهُ حَقُّ أَحَدٍ وَلا مُنَازِعَ لهُ فِي ذَلِكَ (وَالأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى القِيَاسِ وَالاسْتِحْسَانِ) أَيْ عَلَى اخْتِلافِ حُكْمِ القِيَاسِ مَعَ حُكْمِ الاسْتِحْسَانِ: يَعْنِي فِي القِيَاسِ لا يَصِحُّ وَفِي الاسْتِحْسَانِ يَصِحُّ كَمَا فِي دَعْوَى غَيْرِ المُلتَقِطِ، لكِنَّ وَجْهَ القِيَاسِ هَاهُنَا غَيْرُ وَجْهِ القِيَاسِ فِي دَعْوَى غَيْرِ المُلتَقِطِ. وَوَجْهُ القِيَاسِ فِي دَعْوَى غَيْرِ المُلتَقِطِ هُوَ تَضَمُّنُ إبْطَالِ حَقِّ المُلتَقِطِ فَلِذَلِكَ لَمْ تَصِحَّ دَعْوَاهُ. وَوَجْهُ القِيَاسِ فِي دَعْوَى المُلتَقِطِ هُوَ تَنَاقُضُ كَلامِهِ بِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّهُ لقِيطٌ كَانَ نَافِيًا نَسَبَهُ لأَنَّ ابْنَهُ لا يَكُونُ

لقيطًا فِي يَدِهِ ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُهُ فَكَانَ مُنَاقِضًا.

وَفِي الاسْتِحْسَانِ تَصِحُّ دَعْوَاهُ لأَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ عَلَى نَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ حَيْثُ يَلزَمُهُ نَفَقَتُهُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَحْفَظَهُ فَهُوَ فِي هَذَا الإِقْرَارِ يَكْتَسِبُ لهُ مَا يَنْفَعُهُ، وَبالالتقاط يَثْبُتُ لهُ هَذِهِ الولايَةُ. وَقَوْلُهُ (إِنَّهُ مُتَنَاقِضٌ) قُلنَا نَعَمْ وَلكِنْ فِيمَا طَرِيقُهُ الخَفَاءُ قَدْ يَشْتَبهُ عَلَى النَّاسِ حَالُ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ لقِيطٌ ثُمَّ يَتَبَيَّنُ بَعْدَ ذَلكَ أَنَّهُ وَلدُهُ، وَالتَّنَاقُضُ لا يَمْنَعُ ثُبُوتَ النَّسَبِ كَالمُلاعِنِ إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ

(وَإِن ادَّعَاهُ اثنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَولى بِهِ)؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لهُ لمُوَافَقَةِ العَلامَةِ كَلامَهُ، وَإِن لم يَصِف أَحَدُهُمَا عَلامَةً فَهُوَ ابنُهُمَا لاستِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ. وَلو سَبَقَت دَعوَةُ أَحَدِهِمَا فَهُوَ ابنُهُ؛ لأَنَّهُ ثَبَتَ فِي زَمَانٍ لا مُنَازِعَ لهُ فِيهِ إلا إِذَا أَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ؛ لأَنَّ البَيِّنَةَ أَقوَى.

الشرح:

(وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلامَةً فِي جَسَدِهِ فَهُوَ أَوْلى بِهِ) أَيْ يَجِبُ عَلَى المُلتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَ اللقِيطَ إِلى الذِي وَصَفَ عَلامَةً فِي جَسَدِهِ وَأَصَابَ فِي وَصْفِهِ لأَنَّ الوَاصِفَ أَوْلى بِذَلكَ اللقِيطِ. فَإِنْ قِيل: مَا الفَرْقُ بَيْنَ اللقِيطِ وَاللُّقَطَةِ فَإِنَّ اللُّقَطَةَ إِذَا تَنَازَعَ فِيهِ اثْنَانِ وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا وَأَصَابَ وَلمْ يَصِفْ الآخَرُ فَإِنَّهُ لا يُقْضَى لصَاحِبِ الوَصْفِ، بَل إِذَا انْفَرَدَ الوَاصِفُ يَحِلُّ للمُلتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِليْهِ وَلا يَلزَمُهُ وَهَاهُنَا يَلزَمُ. أُجِيبَ بِأَنَّ الفَرْقَ بَيْنَهُمَا هُوَ أَنَّ الإِصَابَةَ بِوَصْفِ أَمْرٍ مُحْتَمَلٍ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَصَابَ لأَنَّهُ لهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَصَابَ لأَنَّهُ رَأَى فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَالمُحْتَمَلُ لا يَصْلُحُ سَبَبًا للاسْتِحْقَاقِ عَلى الغَيْرِ لكِنَّهُ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا لسَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ كَاليَدِ فِي دَعْوَى النِّتَاجِ.

إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ فِي فَصْلِ اللقِيطِ: قَدْ وُجِدَ مَا هُوَ سَبَبُ الاسْتِحْقَاقِ وَهُوَ الدَّعْوَةُ لأَنَّهَا سَبَبُ الاسْتِحْقَاقِ فِي حَقِّ اللقِيطِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ انْفَرَدَ بِدَعْوَى اللقِيطِ قَضَى لهُ بِهِ كَمَا لوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ فَيُعْتَبَرُ الوَصْفُ ليَتَرَجَّحَ سَبَبُ الاسْتِحْقَاقِ، وَأَمَّا فِي اللُّقَطَةِ فَالدَّعْوَى ليْسَتْ بِسَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ حَتَّى يَتَرَجَّحَ بِالوَصْفِ، فَلوْ اُعْتُبِرَ الوَصْفُ اُعْتُبِرَ لأَصْلِ الاسْتِحْقَاقِ وَالوَصْفُ لا يَصْلُحُ سَبَبًا لهُ فَافْتَرَقَا.

(وَإِذَا وُجِدَ فِي مِصرٍ مِن أَمصَارِ المُسلمِينَ أَو فِي قَريَةٍ مِن قُرَاهُم فَادَّعَى ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابنُهُ

ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ وَكَانَ مُسلمًا) وهَذَا استِحسَانٌ؛ لأنَّ دَعوَاهُ تَضمَنُ النَّسَبَ وَهُوَ نَافِعٌ للصَّغِيرِ، وَإِبطَالُ الإِسلامِ الثَّابِتِ بِالدَّارِ وَهُوَ يَضُرُّهُ فَصَحَّت دَعوَتُهُ فِيمَا يَنفَعُهُ دُونَ مَا يَضُرُّهُ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَإِنْ وُجِدَ فِي مِصْرٍ مِنْ أَمْصَارِ الْمُسْلمِينَ) عَلى مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ. وَقَال فِي النِّهَايَة: وَالمَسْأَلةُ فِي الحَاصل عَلى أَرْبَعَة أَوْجُه: أَحدُهَا أَنْ يَجدَهُ مُسْلمٌ فِي مَكَانِ المُسْلمينَ كَالمَسْجد وَنَحْوِه فَيَكُونُ مَحْكُومًا لهُ بالإسْلام. وَالثَّانِي أَنْ يَجدَهُ كَافِرٌ فِي مَكَان أَهْل الكُفْر كَالبِيعَة وَالكَنِيسَة فَيَكُونُ مَحْكُومًا لهُ بالكُفْر لا يُصَلى عَليْه إِذَا مَاتَ. وَالثَّالثُ أَنْ يَجدَهُ كَافِرٌ فِي مَكَان المُسْلمينَ وَالرَّابعُ أَنْ يَجدَهُ مُسْلمٌ فِي مَكَان الكَافِرِينَ، فَفِي هَذَيْنِ الفَصْليْنِ اخْتَلفَتْ الرِّوَايَةُ. فَفِي كِتَاب اللقيط يَقُولُ: العِبْرَةُ للمَكَانِ فِي الفَصْليْنِ جَمِيعًا. وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ العِبْرَةَ للوَاجد بالفَصْليْنِ جَمِيعًا، كَذَا فِي المَبْسُوط.

(وَإِن وُجِدَ فِي قَريَةٍ مِن قُرَى أَهل الذِّمَّةِ أَو فِي بِيعَةٍ أَو كَنِيسَةٍ كَانَ ذِمِّيًّا) وَهَذَا الجوَابُ فِيمَا إِذَا كَانَ الوَاجِدُ ذِمِّيًّا رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِن كَانَ الوَاجِدُ مُسلمًا فِي هَذَا المَكَانِ أَو ذِمِّيًّا فِي مَكَانِ المُسلمِينَ اختَلَفَت الرِّوَايَةُ فِيهِ، فَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ اللقِيطِ اُعتُبِرَ المَكَانُ لِسَبقِهِ، وَفِي كِتَابِ الدَّعوَى فِي بَعضِ النُّسَخِ اُعتُبِرَ الوَاجِدُ وَهُوَ رِوَايَةُ ابنِ سِمَاعَةَ عَن مُحَمَّدٍ لِقُوَّةِ اليَدِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ تَبَعِيَّةَ الأَبَوَينِ فَوقَ تَبَعِيَّةِ الدَّارِ حَتَّى إِذَا سُبِيَ مَعَ الصَّغِيرِ أَحَدُهُمَا يُعتَبَرُ كَافِرًا، وَفِي بَعضِ نُسَخِهِ اُعتُبِرَ الإِسلامُ نَظَرًا للصَّغِيرِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فِي بَعْضِ النُّسَخِ) أَيْ فِي بَعْضِ نُسَخِ دَعْوَى المَبْسُوط.

(وَمَن ادَّعَى أَنَّ اللقِيطَ عَبدُهُ لم يُقبَل مِنهُ)؛ لأَنَّهُ حُرٌّ ظَاهِرًا إِلا أَن يُقِيمَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبدُهُ (فَإِن ادَّعَى عَبدٌ أَنَّهُ ابنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ)؛ لأَنَّهُ يَنفَعُهُ (وَكَانَ حُرًّا)؛ لأَنَّ المَملُوكَ قَد تَلدُ لهُ الحُرَّةُ فَلا تَبطُلُ الحُرِّيَّةُ الظَّاهِرَةُ بِالشَّكِّ (وَالحُرُّ فِي دَعوَتِهِ اللقِيطَ أَولى مِن العَبدِ، وَالمُسلمُ أَولى مِن الذِّمِّيِّ) تَرجِيحًا لِمَا هُوَ الأَنظَرُ فِي حَقِّهِ.

الشرح:

قَوْلُهُ (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّ اللقِيطَ عَبْدُهُ) ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيل: إِنَّ البَيِّنَةَ لا تُقْبَلُ إِلا عَلى

خَصْمٍ مُنْكِرٍ وَلا خَصْمَ هَاهُنَا لأَنَّ المُلتَقطَ لَيْسَ بِوَلِيٍّ فَلا يَكُونُ خَصْمًا عَنْهُ. أُجيبَ بأَنَّ الخَصْمَ هُوَ المُلتَقطُ باعْتِبَارِ يَدِه لأَنَّهُ يَمْنَعُهُ عَنْهُ، وَيَزْعُمُ أَنَّهُ أَحَقُّ بحفْظِه فَلا يَتَوَصَّلُ المُدَّعِي إلى اسْتِحْقَاقِ يَدِه عَلَيْهِ إلا بإِقَامَةِ البَيِّنَة، فَإِنْ **ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ** ثَبَتَ نَسَبُهُ لأَنَّ دَعْوَاهُ تَضَمَّنَتْ شَيْئَيْنِ: النَّسَبُ وَهُوَ نَفْعٌ للصَّبِيِّ لأَنَّهُ يَحْصُلُ لهُ الشَّرَفُ بِثُبُوتِ النَّسَبِ، وَالرِّقُّ وَهُوَ مَضَرَّةٌ فَيَثْبُتُ الأَوَّلُ دُونَ الثَّاني لأَنَّ الأَوَّلَ لا يَسْتَلزِمُهُ لأَنَّ المَمْلُوكَ قَدْ تَلدُ لَهُ الحُرَّةُ فَلا تَبْطُلُ لهُ الحُرِّيَّةُ الظَّاهِرَةُ بالشَّكِّ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَرَّرَ بجعْلِ كَلامِه دَليلَيْنِ عَلى مَطْلُوبَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ لأَنَّهُ يَنْفَعُهُ، وَكُلُّ مَا يَنْفَعُهُ يَثْبُتُ لَهُ. وَالثَّاني أَنَّهُ حُرٌّ لأَنَّ المَمْلُوكَ قَدْ تَلدُ لهُ الحُرَّةُ فَلا يَكُونُ عَبْدًا، وَقَدْ تَلدُ لهُ الأَمَةُ فَيَكُونُ عَبْدًا، وَالظَّاهِرُ فِي بَنِي آدَمَ الحُرِّيَّةُ فَلا تَبْطُلُ بالشَّكِّ.

قَالَ (وَالحُرُّ فِي دَعوَتِهِ اللقِيطَ أَولى مِن العَبدِ) إذَا ادَّعَى اللقِيطَ الحُرُّ وَالعَبدُ وَهُمَا خَارِجَانِ أَو المُسلمُ وَالذِّمِّيُّ وَهُمَا خَارِجَانِ دَعوَى مُجَرَّدَةً فَالحُرُّ أَولى مِن العَبدِ وَالمُسلمُ أَولى مِن الذِّمِّيِّ، وَكَذَلكَ إذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ وَليسَت إحداهُمَا أَكثَرَ إثبَاتًا، حَتَّى لو شَهِدَ للمُسلمِ ذِمِّيَّانِ وَللذِّمِّيِّ مُسلمَانِ كَانَ للمُسلمِ لأَنَّ بَيِّنَةَ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّ الآخَرِ وَليسَت إحداهُمَا أَكثَرَ إثبَاتًا فَكَانَ المُسلمُ أَولى. وَأَمَّا إذَا كَانَت بَيِّنَةُ الذي أَكثَرَ إثبَاتًا فَلا يُعتَبَرُ التَّرجِيحُ بِالإِسلامِ، فَلو ادَّعَى الذِّمِّيُّ صَبِيًّا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ ابنُهُ وُلدَ عَلى فِرَاشِهِ وَأَقَامَ عَلى ذَلكَ شَاهِدَينِ مُسلمَينِ وَأَقَامَ عَبدٌ مُسلمٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ ابنُهُ وُلدَ عَلى فِرَاشِهِ مِن هَذِهِ الأَمَةِ قُضِيَ للذِّمِّيِّ بِالصَّبِيِّ، وَلم يَتَرَجَّح العَبدُ بِالإِسلامِ لأَنَّ بَيِّنَةَ الذِّمِّيِّ أَكثَرُ إثبَاتًا لأَنَّهَا تُثبِتُ النَّسَبَ بِجَمِيعِ أَحكَامِهِ. وَأَمَّا إذَا كَانَ النِّزَاعُ بَينَ المُلتَقِطِ وَالخَارِجِ فَالتَّرجِيحُ بِاليَدِ لقُوَّتِهَا، فَإِنَّ المُلتَقِطَ إذَا كَانَ ذِمِّيًّا فَهُوَ أَولى مِن المُسلمِ الخَارِجِ

(وَإِن وُجِدَ مَعَ اللقِيطِ مَالٌ مَشدُودٌ عَليهِ فَهُوَ لهُ) اعتِبَارًا للظَّاهِرِ. وَكَذَا إذَا كَانَ مَشدُودًا عَلى دَابَّةٍ وَهُوَ عَليهَا لمَا ذَكَرنَا ثُمَّ يَصرِفُهُ الوَاجِدُ إليهِ بِأَمرِ القَاضِي؛ لأَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ وَللقَاضِي وِلايَةُ صَرفِ مِثلهِ إليهِ. وَقِيل يَصرِفُهُ بِغَيرِ أَمرِ القَاضِي؛ لأَنَّهُ للقِيطِ ظَاهِرًا (وَلهُ وِلايَةُ الإِنفَاقِ وَشِرَاءُ مَا لا بُدَّ لهُ مِنهُ) كَالطَّعَامِ وَالكِسوَةِ؛ لأَنَّهُ مِن الإِنفَاقِ.

الشرح:

(وَإِذَا وُجِدَ مَعَ اللقِيطِ مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى دَابَّةٍ هُوَ عَلَيْهَا فَهُوَ لَهُ) وَكَذَا

الدَّابَّةُ (اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ) لأَنَّ اللقيطَ لَمَّا كَانَ فِي دَارِ الإِسْلامِ كَانَ حُرًّا مِنْ أَهْلِ الملك، فَمَا كَانَ مَعَهُ فَهُوَ لَهُ ظَاهِرًا لِعَدَمِ اليَدِ الثَّابِتَةِ عَلَيْهِ كَالقَمِيصِ الذي عَلَيْه. فَإِنْ قِيلَ: الظَّاهِرُ يَكْفِي لِلدَّفْعِ لا لِلاسْتِحْقَاقِ، فَلَوْ ثَبَتَ الملكُ لِلقيطِ بِهَذَا الظَّاهِرِ كَانَ الظَّاهِرُ حُجَّةً مُثْبِتَةً وَلَيْسَ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا الظَّاهِرَ يَدْفَعُ دَعْوَى الغَيْرِ (قَوْلُهُ ثُمَّ يَصْرِفُهُ الوَاجِدُ إِلَيْه) ظَاهِرٌ.

(وَلا يَجُوزُ تَزْوِيجُ المُلْتَقِطِ) لانعِدَامِ سَبَبِ الوِلايَةِ مِن القَرَابَةِ وَالملكِ وَالسَّلطَنَةِ.

قَال (وَلا تَصَرُّفُهُ فِي مَالِ المُلتَقِطِ) اعتِبَارًا بِالأُمِّ، وَهَذَا؛ لأَنَّ وِلايَةَ التَّصَرُّفِ لِتَثمِيرِ المَالِ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالرَّأيِ الكَامِلِ وَالشَّفَقَةِ الوَافِرَةِ وَالمَوجُودُ فِي كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا أَحَدُهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالمَوْجُودُ فِي كُل وَاحِد مِنْهُمَا) أَيْ مِنْ المُلتَقط وَالأُمِّ (أَحَدُهُمَا) لأَنَّ لِلمُلتَقِطِ رَأْيًا كَامِلا وَلا شَفَقَةَ لهُ، وَلِلأُمِّ شَفَقَةٌ كَامِلةٌ وَلا رَأْيَ لَهَا

قَال: (وَيَجُوزُ أَن يَقبِضَ لهُ الهِبَةَ)؛ لأَنَّهُ نَفعٌ مَحضٌ وَلِهَذَا يَملِكُهُ الصَّغِيرُ بِنَفسِهِ إِذَا كَانَ عَاقِلا وَتَملِكُهُ الأُمُّ وَوَصِيُّهَا.

قَال (وَيُسَلِمُهُ فِي صِنَاعَةٍ)؛ لأَنَّهُ مِن بَابِ تَثقِيفِهِ وَحِفظِ حَالِهِ. قَال (وَيُؤَاجِرُهُ) قَال العَبدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا رِوَايَةُ القُدُورِيِّ فِي مُختَصَرِهِ، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لا يَجُوزُ أَن يُؤَاجِرَهُ، ذَكَرَهُ فِي الكَرَاهِيَةِ وَهُوَ الأَصَحُّ. وَجهُ الأَوَّل أَنَّهُ يَرجِعُ إِلى تَثقِيفِهِ. وَوَجهُ الثَّانِي أَنَّهُ لا يَملِكُ إِتلافَ مَنَافِعِهِ فَأَشبَهَ العَمَّ. بِخِلافِ الأُمِّ؛ لأَنَّهَا تَملِكُهُ عَلى مَا نَذكُرُهُ فِي الكَرَاهِيَةِ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالى.

الشرح:

(قَوْلُهُ لأَنَّهُ مِنْ بَابِ تَثْقِيفِه) التَّثْقِيفُ تَقْوِيمُ المُعْوَجِّ بِالثِّقَافِ وَهُوَ مَا يُسَوَّى به الرِّمَاحُ وَيُسْتَعَارُ لِلتَّأْدِيبِ وَالتَّهْذِيبِ (قَوْلُهُ بِخِلافِ الأُمِّ لأَنَّهَا تَمْلِكُهُ) أَيْ تَمْلِكُ إِتْلافَ مَنَافِعه فَإِنَّهَا تَمْلِكُ اسْتِخْدَامَ وَلَدِهَا وَإِجَارَتَهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

كِتَابُ اللُّقَطَةِ

قَال (اللُّقَطَةُ أَمَانَةٌ إِذَا أَشهَدَ المُلتَقِطُ أَنَّهُ يَأخُذُهَا لِيَحفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلى صَاحِبِهَا) لأَنَّ الأَخذَ عَلى هَذَا الوَجهِ مَأذُونٌ فِيهِ شَرعًا بَل هُوَ الأَفضَلُ عِندَ عَامَّةِ العُلمَاءِ وَهُوَ الوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلى مَا قَالُوا، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لا تَكُونُ مَضمُونَةً عَلَيهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّهُ أَخَذَهَا لِلمَالِكِ لأَنَّ تَصَادُقَهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا فَصَارَ كَالبَيِّنَةِ، وَلو أَقَرَّ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِنَفسِهِ يَضمَنُ بِالإِجمَاعِ لأَنَّهُ أَخَذَ مَال غَيرِهِ بِغَيرِ إِذنِهِ وَبِغَيرِ إِذنِ الشَّرعِ، وَإِن لم يَشهَد الشُّهُودُ عَلَيهِ وَقَال الآخِذُ أَخَذته لِلمَالِكِ وَكَذَّبَهُ المَالِكُ يَضمَنُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يَضمَنُ وَالقَولُ قَولُهُ لأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لهُ لاختِيَارِهِ الحِسبَةَ دُونَ المَعصِيَةِ، وَلهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ أَخذُ مَال الغَيرِ وَادَّعَى مَا يُبَرِّئُهُ وَهُوَ الأَخذُ لِمَالِكِهِ وَفِيهِ وَقَعَ الشَّكُّ فَلا يَبرَأ، وَمَا ذُكِرَ مِن الظَّاهِرِ يُعَارِضُهُ مِثلُهُ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَن يَكُونَ المُتَصَرِّفُ عَامِلا لِنَفسِهِ وَيَكفِيهِ فِي الإِشهَادِ أَن يَقُول مَن سَمِعتُمُوهُ يَنشُدُ لُقَطَةً فَدُلُّوهُ عَلَيَّ وَاحِدَةً كَانَت اللُّقَطَةُ أَو أَكثَرَ لأَنَّهُ اسمُ جِنسٍ.

الشرح:

(كِتَابُ اللُّقَطَةِ): اللقيطُ وَاللُّقَطَةُ مُتَقَارِبَان لفْظًا وَمَعْنًى، وَخُصَّ اللقيطُ بِبَنِي آدَمَ وَاللُّقَطَةُ بِغَيْرِهِمْ لِلتَّمْيِيزِ بَيْنَهُمَا، وَقُدِّمَ الأَوَّلُ لِشَرَفِ بَنِي آدَمَ عَلى اللُّقَطَة وَهِيَ الشَّيْءُ الذي يَجِدُهُ مُلقًى فَيَأْخُذُهُ أَمَانَةً (إِذَا أَشْهَدَ المُلتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلى صَاحِبِهَا) لأَنَّ الأَخْذَ عَلى هَذَا الوَجْه مَأْذُونٌ فيه شَرْعًا بَل هُوَ الأَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّة العُلمَاء رَحِمَهُمْ اللهُ قَوْلُهُ بَل هُوَ أَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّة العُلمَاء) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل مَنْ يَقُولُ إِنَّهُ أَخْذُ مَال الغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبه وَذَلِكَ حَرَامٌ شَرْعًا وَعَنْ قَوْل مَنْ يَقُولُ أَخْذُهُ جَائِزٌ وَتَرْكُهُ أَفْضَلُ لأَنَّ صَاحِبَهَا إِنَّمَا يَطْلُبُهَا فِي المَوْضِعِ الذي سَقَطَتْ مِنْهُ، فَإِذَا تَرَكَهَا وَجَدَهَا صَاحِبُهَا فِي ذَلكَ المَوْضِعِ (قَوْلُهُ وَهُوَ الوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلى مَا قَالُوا).

وَالحَاصِلُ أَنَّ اللُّقَطَةَ عِنْدَ عَامَّة العُلمَاءِ عَلى نَوْعَيْنِ: **مَا يَكُونُ أَخْذُهُ وَاجِبًا** وَهُوَ مَا إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ، وَاسْتَدَل عَلى ذَلكَ بِقَوْله تَعَالى: ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] وَإِذَا كَانَ وَليًّا وَجَبَ عَلَيْه حفْظُ مَاله، وَبِأَنَّ حُرْمَةَ مَال المُسْلمِ كَحُرْمَةِ مَاله، فَإِذَا خَافَ عَلى مَاله الضَّيَاعَ وَجَبَ حفْظُهُ، فَكَذَلكَ إِذَا خَافَ

عَلى مَال غَيْرِه وَمَا لا يَكُونُ أَخْذُهُ وَاجبًا، وَهُوَ مَا إذَا لَمْ يَخفْ الضَّيَاعَ فَقيل رَفْعُهُ مَنْدُوبٌ إلَيْه لقَوْله تَعَالى: ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة: ٢] وَلأَنَّهُ لوْ تَرَكَهَا لا يُؤْمَنُ أَنْ يَصل إلَيْهَا يَدٌ خَائنَةٌ فَتَمْنَعهَا عَنْ مَالكهَا. وَقيل تَرْكُهُ أَفْضَلُ لمَا ذَكَرْنَا أَنَّ صَاحبَهَا إنَّمَا يَطْلُبُهَا في المَوْضع الذي سَقَطَتْ منْهُ وَالأَوَّلُ ظَاهرُ المَذْهَب

(وَإذَا كَانَ كَذَلكَ) أَيْ إذَا كَانَ أَخْذُهَا مَأْذُونًا فيه شَرْعًا (لا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْه) كَذَا وَكَذَا في بَعْض الشُّرُوح وَهُوَ لا يُنَاسبُ قَوْلَهُ إذَا تَصَادَقَا، وَالظَّاهرُ أَنَّ مَعْنَاهُ وَإذَا أَشْهَدَ المُلتَقطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا إلخ لا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْه لأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ لنَفْسه، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ وَإذَا كَانَتْ أَمَانَةً لا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْه، وَكَذَا إذَا تَصَادَقَ المُلتَقطُ وَالمَالكُ أَنَّهُ أَخَذَهَا للمَالك لأَنَّ تَصَادُقَهُمَا حُجَّةٌ في حَقِّهمَا وَصَارَ كَمَا إذَا أَقَامَ المُلتَقطُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ أَخَذَهَا ليُوصِّلَهَا إلى المَالك (وَلوْ أَقَرَّ) المُلتَقطُ (أَنَّهُ أَخَذَهَا لنَفْسه يَضْمَنُ بالإجْمَاع لأَنَّهُ أَخْذُ مَال غَيْره بغَيْر إذْنه وَبغَيْر إذْن الشَّرْع، وَإنْ لَمْ يَشْهَدْ الشُّهُودُ عَلَيْه وَقَال الآخذُ أَخَذْتُهَا للمَالك وَكَذَّبَهُ المَالكُ يَضْمَنُ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: لا يَضْمَنُ وَالقَوْلُ قَوْلُهُ) أَمَّا عَدَمُ الضَّمَان فَلأَنَّ الظَّاهرَ شَاهدٌ لَهُ لاخْتيَاره الحسْبَةَ دُونَ المَعْصيَة لأَنَّ فعْلَ المُسْلم مَحْمُولٌ عَلى مَا يَحلُّ لهُ شَرْعًا، وَالذي يَحلُّ لهُ شَرْعًا الأَخْذُ للرَّدِّ لا لنَفْسه فَيُحْمَلُ مُطْلَقُ فعْله عَلَيْه، وَهَذَا الدَّليلُ الشَّرْعيُّ قَائمٌ مَقَامَ الإشْهَاد منْهُ، وَأَمَّا أَنَّ القَوْل قَوْلُهُ فَلأَنَّ صَاحبَهَا يَدَّعي عَلَيْه سَبَبَ الضَّمَان وَوُجُوبَ القيمَة في ذمَّته وَهُوَ مُنْكرٌ وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكر مَعَ يَمينه كَمَا لوْ ادَّعَى عَلَيْه الغَصْبَ. وَقَوْلُهُ (وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بسَبَب الضَّمَان) ظَاهرٌ، قيل هَذَا الاخْتلافُ في الإشْهَاد فيمَا إذَا أَمْكَنَهُ أَنْ يَشْهَدَ، أَمَّا إذَا لَمْ يَجدْ أَحَدًا يُشْهدُهُ عنْدَ الرَّفْع أَوْ خَافَ أَنَّهُ لوْ أَشْهَدَ عنْدَ الرَّفْع أَنْ يَأْخُذَهُ منْهُ الظَّالمُ فَتَرَكَ الإشْهَادَ لا يَكُونُ ضَامنًا بالاتِّفَاق، وَإنْ وَجَدَ مَنْ يُشْهدُهُ فَلمْ يُشْهدْهُ حَتَّى جَاوَزَهُ ضَمنَ لأَنَّهُ تَرَكَ الإشْهَادَ مَعَ القُدْرَة عَلَيْه. وَقَوْلُهُ (وَيَكْفي في الإشْهَاد أَنْ يَقُول) ظَاهرٌ.

قَال (فَإن كَانَت أَقل من عشرَة دَرَاهم عرَّفَهَا أَيَّامًا، وَإن كَانَت عشرَةً فَصَاعدًا عرَّفَهَا حَوْلا) قَال العَبدُ الضَّعيفُ: وَهَذه روَايَةٌ عَن أَبي حَنيفَةَ. وَقَولُهُ أَيَّامًا مَعنَاهُ عَلى حَسَب مَا يَرَى. وَقَدَّرَهُ مُحَمَّدٌ في الأَصل بالحَول من غَير تَفصيل بَينَ القَليل وَالكَثير، وَهُوَ قَولُ مَالك

وَالشَّافِعِيِّ لقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «مَن التَقَطَ شَيئًا فَليُعَرِّفهُ سَنَةً مِن غَيرِ فَصلٍ»(١).

وَجهُ الأَوَّلِ أَنَّ التَّقدِيرَ بِالحَولِ وَرَدَ فِي لُقَطَةٍ كَانَت مِائَةَ دِينَارٍ تُسَاوِي أَلفَ دِرهَمٍ، وَالعَشرَةُ وَمَا فَوقَهَا فِي مَعنَى الأَلفِ فِي تَعَلُّقِ القَطعِ بِهِ فِي السَّرِقَةِ وَتَعَلُّقِ استِحلالِ الفَرجِ بِهِ وَلَيسَت فِي مَعنَاهَا فِي حَقِّ تَعَلُّقِ الزَّكَاةِ، فَأَوجَبنَا التَّعرِيفَ بِالحَولِ احتِيَاطًا، وَمَا دُونَ العَشَرَةِ لَيسَ فِي مَعنَى الأَلفِ بِوَجهٍ مَا فَفَوَّضنَا إِلَى رَأيِ المُبتَلَى بِهِ وَقِيلَ الصَّحِيحُ أَنَّ شَيئًا مِن هَذِهِ المَقَادِيرِ لَيسَ بِلازِمٍ، وَيُفَوَّضُ إِلَى رَأيِ المُلتَقِطِ يُعَرِّفُهَا إِلَى أَن يَغلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّ صَاحِبَهَا لا يَطلُبُهَا بَعدَ ذَلِكَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهَا، وَإِن كَانَت اللُّقَطَةُ شَيئًا لا يَبقَى عَرَّفَهُ حَتَّى إِذَا خَافَ أَن يَفسُدَ تَصَدَّقَ بِهِ، وَيَنبَغِي أَن يُعَرِّفَهَا فِي المَوضِعِ الذِي أَصَابَهَا. وَفِي الجَامِعِ: فَإِنَّ ذَلِكَ أَقرَبُ إِلَى الوُصُولِ إِلَى صَاحِبِهَا، وَإِن كَانَت اللُّقَطَةُ شَيئًا يَعلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لا يَطلُبُهَا كَالنَّوَاةِ وَقُشُورِ الرُّمَّانِ يَكُونُ إِلقَاؤُهُ إِبَاحَةً حَتَّى جَازَ الانتِفَاعُ بِهِ مِن غَيرِ تَعرِيفٍ وَلَكِنَّهُ مُبقًى عَلَى مِلكِ مَالِكِهِ لأَنَّ التَّملِيكَ مِن المَجهُولِ لا يَصِحُّ.

قَالَ (فَإِن جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلا تَصَدَّقَ بِهَا) إِيصَالا لِلحَقِّ إِلَى المُستَحِقِّ وَهُوَ وَاجِبٌ بِقَدرِ الإِمكَانِ، وَذَلِكَ بِإِيصَالِ عَينِهَا عِندَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا وَإِيصَالِ العِوَضِ وَهُوَ الثَّوَابُ عَلَى اعتِبَارِ إِجَازَةِ التَّصَدُّقِ بِهَا، وَإِن شَاءَ أَمسَكَهَا رَجَاءَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا قَالَ (فَإِن) (جَاءَ صَاحِبُهَا) يَعنِي بَعدَمَا تَصَدَّقَ بِهَا (فَهُوَ بِالخِيَارِ إِن شَاءَ أَمضَى الصَّدَقَةَ) وَلَهُ ثَوَابُهَا لأَنَّ التَّصَدُّقَ وَإِن حَصَلَ بِإِذنِ الشَّرعِ لَم يَحصُل بِإِذنِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَالمِلكُ يَثبُتُ لِلفَقِيرِ قَبلَ الإِجَازَةِ فَلا يَتَوَقَّفُ عَلَى قِيَامِ المَحِلِ، بِخِلافِ بَيعِ الفُضُولِيِّ لِثُبُوتِهِ بَعدَ الإِجَازَةِ فِيهِ (وَإِن شَاءَ ضَمِنَ المُلتَقِطُ لأَنَّهُ سَلَّمَ مَالَهُ إِلَى غَيرِهِ بِغَيرِ إِذنِهِ) إِلا أَنَّهُ بِإِبَاحَةٍ مِن جِهَةِ الشَّرعِ، وَهَذَا لا يُنَافِي الضَّمَانَ حَقًّا لِلعَبدِ كَمَا فِي تَنَاوُلِ مَالِ الغَيرِ حَالَةَ المَخمَصَةِ، وَإِن شَاءَ ضَمِنَ المِسكِينُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ لأَنَّهُ قَبَضَ مَالَهُ بِغَيرِ إِذنِهِ، وَإِن كَانَ قَائِمًا أَخَذَهُ لأَنَّهُ وَجَدَ عَينَ مَالِهِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ وَهَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ) يُشِيرُ إِلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ، فَإِنَّ

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٤/١٨٢)، وانظر نصب الراية (٣/٧٠٥).

الطَّحَاوِيَّ رَحِمَهُ اللهُ قَالَ: وَإِذَا **التقط لُقطَةً فَإِنَّهُ يُعَرِّفُهَا سَنَةً** سَوَاءٌ كَانَ الشَّيْءُ نَفِيسًا أَوْ خَسِيسًا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَقَوْلُهُ كَانَتْ مِائَةَ دِينَارٍ تُسَاوِي أَلفَ دِرْهَمٍ) يُرِيدُ مَا رَوَى البُخَارِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي الصَّحِيحِ مُسْنَدًا إلى أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ ﷺ قَالَ: «أَخَذْت صُرَّةً مِائَةَ دِينَارٍ، فَأَتَيْت النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: **عَرِّفْهَا حَوْلا**، فَعَرَّفْتهَا فَلَمْ أَجِدْ مَنْ يَعْرِفُهَا، ثُمَّ أَتَيْته ثَانِيًا فَقَالَ: **عَرِّفْهَا حَوْلا**، فَعَرَّفْتهَا فَلَمْ أَجِدْ، ثُمَّ أَتَيْته ثَالِثًا فَقَالَ: **احْفَظْ وِعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَدَدَهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا**». وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ العِبْرَةَ بِعُمُومِ اللفْظِ لا بِخُصُوصِ السَّبَبِ.

وَأَقُولُ: هَذَا الحَدِيثُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ التَّعْرِيفَ يَكُونُ حَوْلَيْنِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِشَرْطٍ بِالإِجْمَاعِ فَيَكُونُ سَاقِطَ الدَّلالَةِ عَلى المُرَادِ (وَقَوْلُهُ وَقِيل الصَّحِيحُ أَنَّ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ المَقَادِيرِ) إشَارَةٌ إلى مَا اخْتَارَهُ شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللهُ.

وَقَوْلُهُ (كَالنَّوَاةِ وَقُشُورِ الرُّمَّانِ) يَعْنِي إذَا كَانَ فِي مَوَاضِعَ مُخْتَلِفَةٍ فَجَمَعَهَا وَصَارَ بِحُكْمِ الكَثْرَةِ لَهَا قِيمَةً فَإِنَّهُ يَجُوزُ لهُ الانْتِفَاعُ بِهَا لأَنَّ القِيمَةَ ظَهَرَتْ بِالاجْتِمَاعِ وَالاجْتِمَاعُ حَصَل بِصُنْعِهِ وَلكِنَّهُ لا يَمْلكُهَا، حَتَّى أَنَّ صَاحِبَهَا إذَا وَجَدَهَا فِي يَدِهِ بَعْدَمَا جَمَعَهَا جَازَ أَنْ يَأْخُذَهَا لأَنَّ الإِلقَاءَ مُتَفَرِّقًا دَليلٌ عَلى الإِذْنِ لا عَلى التَّمْليك، لأَنَّ التَّمْليكَ مِنْ المَجْهُول لا يَصِحُّ. ذَكَرَهُ فِي المُحِيطِ، فَأَمَّا إذَا كَانَتْ مُجْتَمِعَةً فِي مَوْضِعٍ فَلا يَجُوزُ الانْتِفَاعُ بِهَا لأَنَّ صَاحِبَهَا لَمَّا جَمَعَهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مَا أَلقَاهَا (قَوْلُهُ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلا تَصَدَّقْ بِهَا) يَعْنِي إنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ دَفَعَهَا إليْهِ أَيْضًا لا لعَيْنِ حَقِّهِ المُسْتَحَقِّ الدَّفْعُ إليْهِ كَمَا فِي بَيْعِ الفُضُوليِّ (وَإِلا) أَيْ وَإِنْ لمْ يَجِئْ فَهُوَ بِالخِيَارِ (إنْ شَاءَ) تَصَدَّقَ بِهَا أَيْضًا لا لعِوَضِ المُسْتَحَقِّ وَهُوَ الثَّوَابُ عَلى اعْتِبَارِ إجَازَتِهِ التَّصَدُّقَ بِهَا عَلى مُسْتَحِقِّهِ (وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا رَجَاءً) للظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا، **فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَمَا تَصَدَّقَ بِهَا المُلتَقِطُ بِإِذْنِ الحَاكِمِ** فَهُوَ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ وَلهُ ثَوَابُهَا لأَنَّ التَّصَدُّقَ إنْ حَصَل بِإِذْنِ الشَّرْعِ لمْ يَحْصُل بِإِذْنِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلى إجَازَتِهِ.

فَإِنْ قِيل التَّوَقُّفُ عَلى الإِجَازَةِ يَقْتَضِي قِيَامَ المَحَل عِنْدَهَا كَمَا فِي بَيْعِ الفُضُوليِّ وَليْسَ بِلازِمٍ؛ حَتَّى لوْ أَجَازَ المَالكُ بَعْدَ هَلاكِهَا صَحَّتْ الإِجَازَةُ. وَأَجَابَ بِأَنَّ المِلكَ يَثْبُتُ للفَقِيرِ قَبْل الإِجَازَةِ لأَنَّ المُلتَقِطَ لمَّا كَانَ مَأْذُونًا فِي التَّصَدُّقِ شَرْعًا مَلكَ الفَقِيرُ

بِنفْسِ الأَخْذِ لأَنَّ التَّصدُّقَ مِنْ أَسْبَابِ الملكِ فَلمْ يَتوَقَّفْ ثُبوتُ الملكِ على وُجُودِ المَحَل عنْدَ الإجَازَة: فَإنْ قِيل: لوْ ثَبتَ الملكُ للفَقيرِ قَبْل الإجَازَةِ لَمَا ثَبتَ للمَالكِ حَقُّ الأَخْذِ إذَا كَانَ قَائمًا فِي يَد الفقير.

أُجيبَ بأَنَّ ثُبوتَ الملكِ لا يَمْنعُ صِحَّةَ الاسْتِرْدَاد كَالوَاهبِ يَمْلكُ الرُّجُوعَ بَعْدَ ثُبوتِ الملكِ للمَوْهُوب لهُ، وَكَالمُرْتَدِّ إذَا عَادَ مِنْ دَارِ الحَرْبِ مُسْلمًا بَعْدَمَا قُسمَتْ أَمْوَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِه فَإنَّهُ يَأْخُذُ مَا وَجَدَهُ قَائمًا بَعْدَ ثُبوتِ الملكِ لَهُمْ، بخِلاف بَيْع الفُضُوليِّ فَإنَّ الملكَ فِيه للمُشْتَري إنَّمَا يَثْبتُ بَعْدَ إجَازَةِ المَالكِ بَيْعَهُ فَلا بُدَّ مِنْ قِيَامِ المَحَل لئَلا يَلزَمَ تَمْليكُ العَيْنِ المَعْدُومَة وَكَمَا يُشْتَرَطُ قِيَامُ المَحَل يُشْتَرَطُ قِيَامُ البَائعِ وَالمُشْتَري وَالمَالكِ أَيْضًا، وَسَيَجِيءُ تَمَامُهُ فِي البُيُوعِ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى، وَإنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُلتَقطَ وَهُوَ ظَاهرٌ.

فَإنْ قِيل كَيْفَ يَصحُّ تَضْمينُهُ وَقَدْ تَصدَّقَ بهَا بإِذْنِ الشَّرْعِ؟ أَجَابَ بقَوْله (إلا أَنَّهُ بإبَاحَة مِنْ جهَةِ الشَّرْعِ) يَعْني أَنَّ الإِذْنَ كَانَ إبَاحَةً مِنْهُ لا إلزَامًا، وَمِثْلُ ذَلكَ الإِذْنِ يُسْقطُ الإِثْمَ وَلا يُنَافِي الضَّمَانَ حَقًّا للعَبْد كَمَا فِي تَنَاوُل مَال الغَيْرِ حَالةَ المَخْمَصَة (وَإنْ شَاءَ ضَمَّنَ المسْكينَ) لَمَا ذَكَرَهُ فِي الكتَاب وَهُوَ وَاضحٌ (وَإنْ كَانَتْ العَيْنُ قَائمَةً أَخذَهَا لأَنَّهُ وَجدَ عَيْنَ مَاله) وَحَاصلُهُ أَنَّ المَالكَ إنْ لَمْ يُجزْ الصَّدَقَةَ فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ تَكُونَ العَيْنُ قَائمَةً فِي يَد الفَقيرِ أَوْ هَالكَةً، فَإنْ كَانَتْ قَائمَةً أَخذَهَا، وَإنْ كَانَتْ هَالكَةً فَإنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُلتَقطَ وَإنْ شَاءَ ضَمَّنَ الفَقيرَ، وَأَيُّهُمَا ضَمَّنَهُ لا يَرْجعُ عَلى صَاحبه بشَيْءٍ، فَإنَّ كُلا منْهُمَا ضَامنٌ بفعْله: المُلتَقطُ بالتَّسْليمِ بغَيْرِ إذْنِ المَالكِ وَالفَقيرُ بالتَّسْليمِ بدُونه. لا يُقَالُ: الفَقيرُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَةِ المُلتَقطِ فَيَرْجَعُ عَليْه لأَنَّ التَّغْريرَ إذَا لَمْ يَكُنْ فِي ضِمْنِ عَقْد لا يُوجبُ شَيْئًا.

قَال (وَيَجُوزُ الالتِقَاطُ فِي الشَّاةِ وَالبَقَرِ وَالبَعِيرِ) وَقَال مَالكٌ وَالشَّافعِيُّ: إذَا وُجِدَ البَعِيرُ وَالبَقَرُ فِي الصَّحراءِ فَالتَّركُ أَفضَلُ. وَعَلى هَذَا الخِلافِ الفَرَسُ. لهُمَا أَنَّ الأَصل فِي أَخذِ مَالِ الغَيرِ الحُرمَةُ وَالإِبَاحَةُ مَخَافَةَ الضَّيَاعِ، وَإِذَا كَانَ مَعَهَا مَا تَدفَعُ عَن نَفسِهَا يَقِلُّ الضَّيَاعُ وَلكِنَّهُ يُتَوَهَّمُ فَيَقضِي بِالكَرَاهَةِ وَالنَّدبُ إلى التَّرك. وَلنَا أَنَّهَا لُقَطَةٌ يُتَوَهَّمُ ضَيَاعُهَا فَيُستَحَبُّ أَخذُهَا وَتَعرِيفُهَا صِيَانَةً لأَموَال النَّاسِ كَمَا فِي الشَّاةِ (فَإِن أَنفَقَ المُلتَقِطُ عَليهَا بِغَيرِ إِذنِ الحَاكِمِ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ) لقُصُورِ وِلايَتِهِ عَن ذِمَّةِ المَالِكِ، وَإِن أَنفَقَ

بِأَمرِهِ كَانَ ذَلكَ دَينًا على صَاحِبِهَا لأَنَّ للقَاضِي وِلايَةً فِي مَال الغَائِبِ نَظَرًا لهُ وَقَد يَكُونُ النَّظَرُ فِي الإِنفَاقِ على مَا نُبَيِّنُ (وَإِذَا رُفِعَ ذَلكَ إلى الحَاكِمِ نَظَرَ فِيهِ، فَإِن كَانَ للبَهِيمَةِ مَنفَعَةٌ آجَرَهَا وَأَنفَقَ عَليهَا مِن أُجرَتِهَا) لأَنَّ فِيهِ إبقَاءَ العَينِ عَلى مِلكِهِ مِن غَيرِ إلزَامِ الدَّينِ عَليهِ وَكَذَلكَ يُفعَلُ بِالعَبدِ الآبِقِ (وَإِن لم تَكُن لهَا مَنفَعَةٌ وَخَافَ أَن تَستَغرِقَ النَّفَقَةُ قِيمَتَهَا بَاعَهَا وَأَمَرَ بِحِفظِ ثَمَنِهَا) إبقَاءً لهُ مَعنًى عِندَ تَعَذُّرِ إبقَائِهِ صُورَةً

(وَإِن كَانَ الأَصلحُ الإِنفَاقَ عَليهَا أَذِنَ فِي ذَلكَ وَجَعَل النَّفَقَةَ دَينًا عَلى مَالكِهَا) لأَنَّهُ نَصَبَ نَاظِرًا وَفِي هَذَا نَظَرٌ مِن الجَانِبَينِ، قَالُوا: إنَّمَا يَأمُرُ بِالإِنفَاقِ يَومَينِ أَو ثَلاثَةَ أَيَّامٍ عَلى قَدرِ مَا يَرَى رَجَاءَ أَن يَظهَرَ مَالكُهَا، فَإِذَا لم يَظهَر يَأمُرُ بِبَيعِهَا لأَنَّ دَارَّةَ النَّفَقَةِ مُستَأصِلَةٌ فَلا نَظَرَ فِي الإِنفَاقِ مُدَّةً مَدِيدَةً. قَال رَضِيَ اللهُ عَنهُ: وَفِي الأَصل شَرطُ إقَامَةِ البَيِّنَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ لأَنَّهُ يَحتَمِلُ أَن يَكُونَ غَصبًا فِي يَدِهِ فَلا يَأمُرُ فِيهِ بِالإِنفَاقِ وَإِنَّمَا يَأمُرُ بِهِ فِي الوَدِيعَةِ فَلا بُدَّ مِن البَيِّنَةِ لكَشفِ الحَال وَليسَت البَيِّنَةُ تُقَامُ للقَضَاءِ. وَإِن قَال لا بَيِّنَةَ لي يَقُول القَاضِي لهُ أَنفِق عَليهِ إن كُنت صَادِقًا فِيمَا قُلت حَتَّى تَرجِعَ عَلى المَالكِ إن كَانَ صَادِقًا، وَلا يَرجِعُ إن كَانَ غَاصِبًا. وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ وَجَعَل النَّفَقَةَ دَينًا عَلى صَاحِبِهَا إشَارَةٌ إلى أَنَّهُ إنَّمَا يَرجِعُ عَلى المَالكِ بَعدَ مَا حَضَرَ وَلم تُبَع اللُّقَطَةُ إذَا شَرَطَ القَاضِي الرُّجُوعَ عَلى المَالكِ، وَهَذِهِ رِوَايَةٌ وَهُوَ الأَصَحُّ. قَال (وَإِذَا حَضَرَ) يَعنِي (المَالكُ فَللمُلتَقِطِ أَن يَمنَعَهَا مِنهُ حَتَّى يُحضِرَ النَّفَقَةَ) لأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفَقَتِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ استَفَادَ المِلكَ مِن جِهَتِهِ فَأَشبَهَ المَبِيعَ؛ وَأَقرَبُ مِن ذَلكَ رَادُّ الآبِقِ فَإِنَّ لهُ الحَبسَ لاستِيفَاءِ الجُعل لمَا ذَكَرنَا، ثُمَّ لا يَسقُطُ دَينُ النَّفَقَةِ بِهَلاكِهِ فِي يَدِ المُلتَقِطِ قَبل الحَبسِ، وَيَسقُطُ إذَا هَلكَ بَعدَ الحَبسِ لأَنَّهُ يَصِيرُ بِالحَبسِ شَبِيهَ الرَّهنِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ الالتِقَاطُ فِي الشَّاة وَالبَقَرِ وَالبَعِيرِ) ظَاهِرٌ سِوَى أَلفَاظٍ نَذْكُرُهَا. وَقَوْلُهُ (وَالإِبَاحَةُ) أَيْ إبَاحَةُ الأَخْذ. وَقَوْلُهُ (وَإِذَا كَانَ مَعَهَا) أَيْ مَعَ اللُّقطَة مَا تَدْفَعُ به عَنْ نَفْسهَا: يَعْنِي مَا يُهْلكُهَا كَالقَرْن فِي البَقَر وَزِيَادَة القُوَّة فِي البَعِير بِكَدْمه وَنَفحه وَكَذَلكَ فِي الفَرَس. وَقَوْلُهُ (فَيُقْضَى بالكَرَاهَة) أَيْ كَرَاهَة الأَخْذ. وَقَوْلُهُ (وَفِي هَذَا نَظَرٌ مِنْ الجَانبَيْن) أَيْ مِنْ جَانبِ المَالكِ بِإِبْقَاءِ عَيْنِ مَاله، وَمِنْ جَانب المُلتَقط بالرُّجُوع عَلى

المَالك بِمَا أَنْفَقَ عَلى اللُّقطَة.

وَقَوْلُهُ (فَإِذَا لَمْ يَظْهَرْ يَأْمُرُهُ بِبَيْعِهَا) قيل فَإِذَا أَمَرَ بِبَيْعِهَا فَبِيعَتْ أَعْطَى القَاضِي مِنْ ذَلكَ الثَّمَنِ مَا أَنْفَقَ بِأَمْرِهِ فِي اليَوْمَيْنِ وَالثَّلاثَة لأَنَّ الثَّمَنَ مَالُ صَاحِبهَا وَالنَّفَقَةُ دَيْنٌ وَاجبٌ عَلَيْه وَهُوَ مَعْلُومٌ للقَاضِي فَيُعِينُهُ عَلى أَخْذ حَقِّه، لأَنَّ الغَرِيمَ إذَا ظَفرَ بِجِنْسِ حَقِّه كَانَ لهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فَكَانَ للقَاضِي أَنْ يُعِينَهُ عَلى ذَلكَ. وَقَوْلُهُ (وَفِي الأَصْل شَرْطُ إقَامَة البَيِّنَة) يَعْنِي أَنَّ **المُلتقط يُقيمُ البَيِّنَةَ عَلى أَنَّ هَذه الدَّابَّةَ لُقَطَةٌ عِنْدَهُ**. فَإِنْ قيل: البَيِّنَةُ إنَّمَا تُقَامُ عَلى المُدَّعَى عَلَيْهِ المُنْكِرِ وَلَيْسَ بِمَوْجُود هُنَا. أَجَابَ بِقَوْله (وَلَيْسَتْ تُقَامُ للقَضَاء) أَيْ هَذه البَيِّنَةُ تُقَامُ لاسْتكْشَاف الحَال بِأَنَّهُ لُقَطَةٌ لا للقَضَاء عَلى المُدَّعَى عَلَيْه.

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ قَال لا بَيِّنَةَ لي) أَيْ المُلتَقطُ قَال لا بَيِّنَةَ لِي عَلى أَنَّهَا لُقطَةٌ عِنْدي وَلكنَّهَا لُقطَةٌ يَقُولُ القَاضِي للمُلتَقط أَنْفِقْ عَلَيْهَا إنْ كُنْت صَادقًا فِيمَا قُلت، وَإِنَّمَا يَقُولُ بِهَذَا التَّرْديد حَذَرًا عَنْ لُزُومِ أَحَد الضَّرَرَيْنِ، لأَنَّهُ لوْ أَمَرَ قَطْعًا تَضَرَّرَ المَالكُ بِسُقُوط الضَّمَان عَلى تَقْديرِ الغَصْب، وَلوْ لَمْ يَأْمُرْ تَضَرَّرَ المُلتَقطُ عَلى تَقْديرِ اللُّقَطَة وَقَدْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا. وَقَوْلُهُ (إذَا شَرَطَ القَاضِي الرُّجُوعَ عَلى المَالك) مُتَّصلٌ بِقَوْله إنَّمَا يَرْجعُ: أَيْ إنَّمَا يَرْجعُ المُلتَقطُ عَلى المَالك إذَا شَرَطَ القَاضِي الرُّجُوعَ عَلى المَالك، وَهَذه هِيَ الرِّوَايَةُ التي ذَكَرْنَاهَا فِي مَسَائل اللقيط بِقَوْله وَالأَصَحُّ أَنْ يَأْمُرَ القَاضِي المُلتَقطَ بالاتِّفَاق عَلى أَنْ يَكُونَ دَيْنًا عَلى اللقيط، فَحِينَئذ يَرْجعُ عَلى اللقيط وَإِلا فَلا، فَهَذَا احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل بَعْضِ أَصْحَابنَا إنَّ مُجَرَّدَ أَمْر القَاضِي بالإِنْفَاق عَلَيْه يَكْفِي للرُّجُوع.

قَال (وَإِذَا حَضَرَ: يَعْنِي المَالكَ) كَلامُهُ ظَاهرٌ وَقَوْلُهُ (لمَا ذَكَرْنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله لأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفَقَته، يُقَالُ نَشَدْت الضَّالةَ: أَيْ عَرَّفْتهَا، وَأَنْشَدْتهَا: أَيْ طَلَبْتهَا. وَمَعْنَى الحَديث الذي ذَكَرَهُ الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: «لا تَحلُّ **لُقطَةُ مَكَّةَ** إلا لمُنْشدهَا» أَيْ طَالبهَا، وَهُوَ المَالكُ عِنْدَهُ وَالمُعَرِّفُ عِنْدَنَا العفَاصُ وَهُوَ الوعَاءُ الذي تَكُونُ فِيه النَّفَقَةُ مِنْ جلد أَوْ خِرْقَة أَوْ غَيْرِ ذَلكَ، وَالوكَاءُ الرِّبَاطُ، يُقَالُ أَوْكَى السِّقَاءَ: شَدَّهُ بالوِكَاءِ وَهُوَ الرِّبَاطُ الذي يُشَدُّ به.

قَال (وَلُقَطَةُ الحِل وَالحَرَمِ سَوَاءٌ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ التَّعْرِيفُ فِي لُقَطَةِ الحَرَمِ إلى أَن يَجِيءَ صَاحِبُهَا لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي الحَرَمِ: «وَلا يَحِلُّ لُقَطَتُهَا إلا

لِمُنشِدٍ»[١] وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «اعرِف عِفاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عرِّفهَا سَنَةً»[٢] مِن غَيرِ فَصلٍ وَلأنَّهَا لُقَطَةٌ، وَفِي التَّصَدُّقِ بَعدَ مُدَّةِ التَّعرِيفِ إبقَاءُ مِلكِ المَالكِ مِن وَجهٍ فَيَملكُهُ كَمَا فِي سَائِرِهَا، وَتَأوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ لا يَحِلُّ الالتِقَاطُ إلا للتَّعرِيفِ، وَالتَّخصِيصُ بِالحَرَمِ لبيَانِ أَنَّهُ لا يَسقُطُ التَّعرِيفُ فِيهِ لمَكَانِ أَنَّهُ للغُرَبَاءِ ظَاهِرًا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (**إِبْقَاءُ ملك المَالك منْ وَجْه**) يَعْني منْ حَيْثُ تَحْصيلُ الثَّوَاب (**فَيَمْلكُهُ كَمَا في سَائِرِهَا**) أَيْ في سَائِرِ اللُّقَطَات (**وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ**) منْ قَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**لا تَحلُّ لُقَطَتُهَا إلا لِمُنْشدهَا**» أَيْ لا يَحلُّ التقَاطُهَا إلا للتَّعْريف. فَإنْ قيل مَا وَجْهُ تَخْصيصِ هَذَا المَعْنَى بِالحَرَمِ؟ أَجَابَ بِقَوْله (**وَالتَّخْصِيصُ بالحَرَمِ**) وَبَيَانُهُ أَنَّ مَكَّةَ شَرَّفَهَا اللهُ تَعَالى مَكَانُ الغُرَبَاءِ، لأَنَّ النَّاسَ يَأْتُونَ إلَيْهَا منْ كُل فَجٍّ عَميقٍ ثُمَّ يَتفرَّقُونَ بحَيْثُ يَنْدُرُ الرُّجُوعُ إلَيْهَا، فَالظَّاهرُ أَنَّهَا للغُرَبَاءِ لا يُظَنُّ عَوْدُهُمْ في سَنَة وَأَكْثَرَ فَيَنْبَغي أَنْ يَسْقُطَ التَّعْريفُ لعَدَمِ الفَائدَة، فَأَزَال رَسُولُ الله ﷺ ذَلكَ الوَهْمَ بِقَوْله: «**لا يَحلُّ رَفْعُ لُقَطَتهَا إلا لِمُعَرِّفهَا**» كَمَا هُوَ الحُكْمُ في غَيْرِهَا منْ البلاد.

(وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ فَادَّعَى اللُّقَطَةَ لم تُدفَع إليهِ حَتَّى يُقِيمَ البَيِّنَةَ. فَإن أَعطَى عَلامَتَهَا حَل للمُلتَقِطِ أَن يَدفَعَهَا إليهِ وَلا يُجبَرُ عَلى ذَلكَ فِي القَضَاءِ). وَقَال مَالكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالى: يُجبَرُ، وَالعَلامَةُ مِثلُ أَن يُسَمِّيَ وَزنَ الدَّرَاهِمِ وَعَدَدَهَا وَوِكَاءَهَا وَوِعَاءَهَا. لهُمَا أَنَّ صَاحِبَ اليَدِ يُنَازِعُهُ فِي اليَدِ وَلا يُنَازِعُهُ فِي المِلكِ، فَيُشتَرَطُ الوَصفُ لوُجُودِ المُنَازَعَةِ مِن وَجهٍ، وَلا تُشتَرَطُ إقَامَةُ البَيِّنَةِ لعَدَمِ المُنَازَعَةِ مِن وَجهٍ. وَلنَا أَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقصُودٌ كَالمِلكِ فَلا يُستَحَقُّ إلا بِحُجَّةٍ وَهُوَ البَيِّنَةُ اعتِبَارًا بِالمِلكِ إلا أَنَّهُ يَحِلُّ لهُ الدَّفعُ عِندَ إصَابَةِ العَلامَةِ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «فَإن جَاءَ صَاحِبُهَا وَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا فَادفَعهَا إليهِ»[٣] وَهَذَا للإبَاحَةِ عَمَلا بِالمَشهُورِ وَهُوَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «البَيِّنَةُ عَلى المُدَّعِي» الحَدِيثَ وَيَأخُذُ مِنهُ كَفِيلا إذَا كَانَ يَدفَعُهُ إليهِ استِيثَاقًا،

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٢٨، ومسلم في الحج (٤٤٥).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٢٩)، ومسلم في اللقطة (١).

(٣) أخرجه مسلم في اللقطة (٩).

وَهَذَا بِلا خِلافٍ، لأَنَّهُ يَأخُذُ الكَفِيل لنَفسِهِ، بِخِلافِ التَّكفِيل لوَارِثٍ غَائِبٍ عِندَهُ. وَإذَا صُدِّقَ قِيل لا يُجبَرُ عَلى الدَّفعِ كَالوَكِيل بِقَبضِ الوَدِيعَةِ إذَا صَدَّقَهُ. وَقِيل يُجبَرُ لأَنَّ المَالكَ هَاهُنَا غَيرُ ظَاهِرٍ وَالمُودعُ مَالكٌ ظَاهِرًا، وَلا يَتَصَدَّقُ بِاللُّقَطَةِ عَلى غَنِيٍّ لأنَّ المَأمُور بِهِ هُوَ التَّصَدُّقُ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «فَإن لم يَأتِ» يَعنِي صَاحِبَهَا، «فَليَتَصَدَّق بِهِ» وَالصَّدَقَةُ لا تَكُونُ عَلى غَنِيٍّ فَأَشبَهَ الصَّدَقَةَ المَفرُوضَةَ (وَإن كَانَ المُلتَقِطُ غَنِيًّا لم يَجُز لهُ أَن يَنتَفِعَ بِهَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي حَدِيثِ أُبَيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: «فَإن جَاءَ صَاحِبُهَا فَادفَعهَا إليهِ وَإلا فَانتَفِع بِهَا» وَكَانَ مِن المَيَاسِيرِ، وَلأَنَّهُ إنَّمَا يُبَاحُ للفَقِيرِ حَملا لهُ عَلى رَفعِهَا صِيَانَةً لهَا وَالغَنِيُّ يُشَارِكُهُ فِيهِ. وَلنَا مَالُ الغَيرِ فَلا يُبَاحُ الانتِفَاعُ بِهِ إلا بِرِضَاهُ لإِطلاقِ النُّصُوصِ وَالإِبَاحَةُ للفَقِيرِ لمَا رَوَينَاهُ، أَو بِالإِجمَاعِ فَيَبقَى مَا وَرَاءَهُ عَلى الأَصل، وَالغَنِيُّ مَحمُولٌ عَلى الأَخذِ لاحتِمَال افتِقَارِهِ فِي مُدَّةِ التَّعرِيفِ، وَالفَقِيرُ قَد يَتَوَانَى لاحتِمَال استِغنَائِهِ فِيهَا وَانتِفَاعُ أُبَيٍّ ﷺ كَانَ بِإِذنِ الإِمَامِ وَهُوَ جَائِزٌ بِإذنِهِ (وَإن كَانَ المُلتَقِطُ فَقِيرًا فَلا بَأسَ بِأَن يَنتَفِعَ بِهَا) لمَا فِيهِ مِن تَحقِيقِ النَّظَرِ مِن الجَانِبَينِ وَلهَذَا جَازَ الدَّفعُ إلى فَقِيرٍ غَيرِهِ (وَكَذَا إذَا كَانَ الفَقِيرُ أَبَاهُ أَو ابنَهُ أَو زَوجَتَهُ وَإن كَانَ هُوَ غَنِيًّا) لمَا ذَكَرنَا، وَاللهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لَهُمَا) أَيْ لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ، حَاصِلُهُ أَنَّ المُلْتَقِطَ مُنَازِعٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَيُكْتَفَى فِي الْحُجَّةِ بِذِكْرِ الوَصْفِ وَلا يُحْتَاجُ إِلى إِقَامَةِ البَيِّنَةِ (وَلَنَا أَنَّ اليَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كَالمِلكِ) بِدَليلِ وُجُوبِ الضَّمَانِ فِي غَصْبِ المُدَبَّرِ بِاعْتِبَارِ إِزَالَةِ اليَدِ لأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلنَّقْلِ مِلكًا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ هَذَا الحَدِيثُ الأَمْرُ فِيهِ وَهُوَ قَوْلُهُ فَادْفَعْهَا (لِلإِبَاحَةِ) أَيْ وَجَبَ حَمْلُهُ عَلى الإِبَاحَةِ (لأَجْلِ العَمَلِ بِالمَشْهُورِ) وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**البَيِّنَةُ عَلى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلى مَنْ أَنْكَرَ**» فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْمَل عَلى الإِبَاحَةِ وَحُمِل عَلى الوُجُوبِ لَزِمَ التَّعَارُضُ المُسْتَلزِمُ لِلتَّرْكِ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: الحَمْلُ عَلى الإِبَاحَةِ عَمَلا بِالمَشْهُورِ يَسْتَلزِمُ عَدَمَ جَوَازِ الرَّفْعِ أَيْضًا، لأَنَّ انْتِفَاءَ الوُجُوبِ يَسْتَلزِمُ انْتِفَاءَ الجَوَازِ. وَالجَوَابُ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى لَمْ يَقُل بِانْتِفَاءِ الجَوَازِ لانْتِفَاءِ الوُجُوبِ، وَالمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى هَاهُنَا فِي مَقَامِ الرَّفْعِ

فَجَازَ أَنْ يَدْفَعَهُ عَلى طَرِيقٍ يَلتَزِمُهُ الخَصْمُ. وَقَوْلُهُ (بِخلافِ الكَفِيلِ لِوَارِثٍ غَائبٍ عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَإِنَّمَا وَرَدَ الضَّمِيرُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَسْبِقْ لَهُ ذِكْرٌ لِشُهْرَةِ حُكْمِ تِلكَ المَسْأَلةِ، هَذَا إِذَا دَفَعَ اللُّقَطَةَ بِذِكْرِ العَلامَةِ، أَمَّا إِذَا دَفَعَهَا بِإِقَامَةِ الحَاضِرِ البَيِّنَةَ عَلى أَنَّهَا لهُ فَفِي أَخْذِ الكَفِيلِ عَنْهُ رِوَايَتَانِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَأْخُذُ كَفِيلا.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المَالِكَ هَاهُنَا غَيْرُ ظَاهِرٍ) يَعْنِي فَجَازَ أَنْ يَكُونَ المَالِكُ هُوَ الذِي حَضَرَ، فَلمَّا أَقَرَّ المُلتَقِطُ أَنَّهُ هُوَ المَالِكُ كَانَ إِقْرَارُهُ مُلزِمًا لِلدَّفْعِ إِليْهِ (وَأَمَّا المُودِعُ فَإِنَّهُ مَالِكٌ ظَاهِرًا) فَبِالإِقْرَارِ بِالوَكَالةِ لا يَلزَمُهُ الدَّفْعُ إِليْهِ لأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ بِيَقِينٍ، ثُمَّ فِي الوَدِيعَةِ إِذَا دَفَعَ إِليْهِ بَعْدَمَا صَدَّقَهُ وَهَلكَ فِي يَدِهِ ثُمَّ حَضَرَ المُودِعُ وَأَنْكَرَ الوَكَالةَ وَضَمِنَ المُودَعَ لَيْسَ لهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلى الوَكِيلِ بِشَيْءٍ وَهَاهُنَا لِلمُلتَقِطِ أَنْ يَرْجِعَ عَلى القَابِضِ لأَنَّ هُنَاكَ فِي زَعْمِ المُودِعِ أَنَّ الوَكِيلَ عَامِلٌ لِلمُودِعِ فِي قَبْضِهِ لهُ بِأَمْرِهِ وَأَنَّهُ لَيْسَ بِضَامِنٍ بَل المُودِعُ ظَالمٌ فِي تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ، وَمَنْ ظُلِمَ فَلَيْسَ لهُ أَنْ يَظْلِمَ غَيْرَهُ وَهَاهُنَا فِي زَعْمِهِ أَنَّ القَابِضَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ وَأَنَّهُ ضَامِنٌ بَعْدَمَا ثَبَتَ المِلكُ لِغَيْرِهِ بِالبَيِّنَةِ فَكَانَ لهُ أَنْ يَرْجِعَ عَليْهِ بِمَا ضَمِنَ بِهَذَا، كَذَا فِي المَبْسُوطِ.

وَقَوْلُهُ (وَكَانَ مِنْ المَيَاسِيرِ) أَيْ الأَغْنِيَاءِ جَمْعُ المَيْسُورِ ضِدُّ المَعْسُورِ. وَقَوْلُهُ (حَمْلا لهُ عَلى رَفْعِهَا) أَيْ لِيَكُونَ حَامِلا (وَبَاعِثًا عَلى رَفْعِهَا) وَقَوْلُهُ (لإِطْلاقِ النُّصُوصِ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلهُ تَعَالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [البقرة: ١٨٨] إلخ وقَوْله تَعَالى: ﴿ وَلَا تَعْتَدُوٓاْ ﴾ وَقَوْلُهُ: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٤] (قَوْلُهُ وَالإِبَاحَةُ لِلفَقِيرِ لِمَا رَوَيْنَاهُ) يُرِيدُ بِهِ قَوْلهُ عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**فَليَتَصَدَّقْ بِهِ**» (قَوْلُهُ وَالغَنِيُّ مَحْمُولٌ عَلى الأَخْذِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلفَقِيرِ (حَمْلا لهُ عَلى رَفْعِهَا). وَقَوْلُهُ وَانْتِفَاعُ أُبَيٍّ) جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلالِهِ بِحَدِيثِ أُبَيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ جَائِزٌ) أَيْ **الانْتِفَاعُ لِلغَنِيِّ** جَائِزٌ بِإِذْنِ الإِمَامِ لأَنَّهُ فِي مَحَلٍّ مُجْتَهَدٍ فِيهِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنْ الجَانِبَيْنِ) يَعْنِي نَظَرَ الثَّوَابِ لِلمَالِكِ وَنَظَرَ الانْتِفَاعِ لِلمُلتَقِطِ. وَقَوْلُهُ (لِمَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إِلى قَوْلِهِ لِمَا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنْ الجَانِبَيْنِ، وَاللهُ أَعْلمُ.

كِتَابُ الإِبَاقِ

(الآبِقُ أَخذُهُ أَفضَلُ فِي حقِّ مَن يَقوَى عَليهِ) لِمَا فِيهِ مِن إِحيَائِهِ، وَأَمَّا الضَّالُّ فَقَد قِيلَ كَذَلِكَ، وَقَد قِيلَ تَركُهُ أَفضَلُ لأَنَّهُ لا يَبرَحُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ المَالِكُ وَلا كَذَلِكَ الآبِقُ ثُمَّ آخِذُ الآبِقِ يَأتِي بِهِ إلى السُّلطَانِ لأَنَّهُ لا يَقدِرُ عَلَى حِفظِهِ بِنَفسِهِ، بِخِلافِ اللُّقَطَةِ، ثُمَّ إِذَا رُفِعَ الآبِقُ إِليهِ يَحبِسُهُ، وَلَو رُفِعَ الضَّالُّ لا يَحبِسُهُ لأَنَّهُ لا يُؤمَنُ عَلَى الآبِقِ الإِبَاقُ ثَانِيًا، بِخِلافِ الضَّالِّ

الشرح:

(كِتَابُ الإِبَاقِ): قَال صَاحِبُ النِّهَايَةِ رَحِمَهُ اللهُ: هَذِه الكُتُبُ، أَعْنِي اللقيطَ وَاللُّقَطَةَ وَالإِبَاقَ وَالمَفْقُودَ كُتُبٌ يُجَانِسُ بَعْضُهَا بَعْضًا مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِي كُلٍّ مِنْهَا عُرْضَةَ الزَّوَال وَالهَلاكِ. وَالإِبَاقُ: هُوَ الهَرَبُ، وَالآبِقُ: هُوَ الهَارِبُ مِنْ مَالِكه قَصْدًا **(وَالآبِقُ أَخْذُهُ أَفْضَلُ فِي حَقِّ مَنْ يَقْوَى)** أَيْ يَقْدِرُ (عَلَيْه لِمَا فِيه مِنْ إِحْيَائِه) إِذْ الآبِقُ هَالِكٌ فِي حَقِّ المَوْلَى فَيَكُونُ الرَّدُّ إِحْيَاءً لَهُ (وَأَمَّا الضَّالُّ) هُوَ الذي لَمْ يَهْتَد إلى طَرِيقِ مَنْزله مِنْ غَيْرِ قَصْد فَقيل إِنَّهُ كَذَلِكَ، وَقيل تَرْكُهُ أَفْضَلُ لأَنَّهُ لا يَبْرَحُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ المَالِكُ، وَلا كَذَلِكَ الآبِقُ، ثُمَّ آخذُ الآبِقِ يَأْتِي بِه إلى السُّلْطَان لأَنَّهُ (لا يَقْدِرُ عَلَى حفْظِه بِنَفْسه) وَهَذَا اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيِّ، وَأَمَّا اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّة الحَلْوَانِيِّ فَهُوَ أَنَّ الرَّادَّ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ حَفِظَهُ بِنَفْسه وَإِنْ شَاءَ دَفَعَهُ إلى الإِمَامِ، وَكَذَلِكَ الضَّالُّ وَالضَّالَّةُ الوَاجِدُ فِيهِمَا بِالخِيَارِ. وَقَوْلُهُ (ثُمَّ إِذَا دُفِعَ الآبِقُ إِلَيْه يَحْبِسُهُ) ظَاهِرٌ.

قَالَ (وَمَن رَدَّ الآبِقَ عَلَى مَولاهُ مِن مَسِيرَةِ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيهِ جُعلُهُ أَربَعُونَ دِرهَمًا، وَإِن رَدَّهُ لأَقَلّ مِن ذَلِكَ فَبِحِسَابِهِ) وَهَذَا استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَن لا يَكُونَ لَهُ شَيءٌ إِلا بِالشَّرطِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالى لأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِمَنَافِعِهِ فَأَشبَهَ العَبدَ الضَّالَّ. وَلَنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ رِضوَانُ اللهِ عَلَيهِم اتَّفَقُوا عَلَى وُجُوبِ أَصل الجُعل، إِلا أَنَّ مِنهُم مَن أَوجَبَ أَربَعِينَ وَمِنهُم مَن أَوجَبَ مَا دُونَهَا، فَأَوجَبنَا الأَربَعِينَ فِي مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ تَوفِيقًا وَتَلفِيقًا بَينَهُمَا، وَلأَنَّ إِيجَابَ الجُعل أَصلُهُ حَامِلٌ عَلَى الرَّدِّ إِذ الحِسبَةُ نَادِرَةٌ فَتَحصُلُ صِيَانَةُ أَموَال النَّاسِ وَالتَّقدِيرُ بِالسَّمعِ وَلا سَمعَ فِي الضَّالّ فَامتَنَعَ، وَلأَنَّ الحَاجَةَ إلى صِيَانَةِ الضَّالّ دُونَهَا إلى صِيَانَةِ الآبِقِ لأَنَّهُ لا يَتَوَارَى وَالآبِقُ

يَختَفِي، وَيُقَدَّرُ الرَّضخُ فِي الرَّدِّ عَمَّا دُونَ السَّفَرِ باصطِلاحِهِمَا أَو يُفَوَّضُ إلى رَأيِ القَاضِي وَقِيل تُقَسَّمُ الأَربَعُونَ على الأَيَّامِ الثَّلاثَةِ إذ هِيَ أَقَلُّ مُدَّةِ السَّفَر.

قَال (وَإن كَانَت قِيمَتُهُ أَقَل مِن أَربَعِينَ يُقضَى لهُ بِقِيمَتِهِ إلا دِرهَمًا) قَال رَضِيَ اللهُ عَنهُ: وَهَذَا قَولُ مُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ: لهُ أَربَعُونَ دِرهَمًا، لأَنَّ التَّقدِيرَ بِهَا ثَبَتَ بِالنَّصِّ فَلا يَنقُصُ عَنهَا وَلِهَذَا لا يَجُوزُ الصُّلحُ عَلَى الزِّيَادَةِ، بِخِلافِ الصُّلحِ عَلى الأَقل لأَنَّهُ حَطٌّ مِنهُ. وَمُحَمَّدٌ أَنَّ المَقصُودَ حَملُ الغَيرِ على الرَّدِّ لِيَحيَا مَالُ المَالِكِ فَيَنقُصُ دِرهَمٌ لِيَسلمَ لهُ شَيءٌ تَحقِيقًا للفَائِدَةِ، وَأُمُّ الوَلدِ وَالمُدَبَّرِ فِي هَذَا بِمَنزِلةِ القِنِّ إذَا كَانَ الرَّدُّ فِي حَيَاةِ المَولى لِمَا فِيهِ مِن إحيَاءِ مِلكِهِ؛ وَلو رَدَّ بَعدَ مَمَاتِهِ لا جُعل فِيهِمَا لأَنَّهُمَا يُعتَقَانِ بِالمَوتِ بِخِلافِ القِنِّ، وَلو كَانَ الرَّادُّ أَبَا المَولى أَو ابنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ أَو أَحَدَ الزَّوجَينِ عَلَى الآخَرِ فَلا جُعل لأَنَّ هَؤُلاءِ يَتَبَرَّعُونَ بِالرَّدِّ عَادَةً وَلا يَتَنَاوَلُهُم إطلاقُ الكِتَابِ.

قَال (وَإن أَبَقَ مِن الذِي رَدَّهُ فَلا شَيءَ عَليهِ) لأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لكِنَّ هَذَا إذَا أَشهَدَ وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي اللُّقَطَةِ. قَال ﷺ وَذُكِرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ أَنَّهُ لا شَيءَ لهُ، وَهُوَ صَحِيحٌ أَيضًا لأَنَّهُ فِي مَعنَى البَائِعِ مِن المَالِكِ، وَلِهَذَا كَانَ لهُ أَن يَحبِسَ الآبِقَ حَتَّى يَستَوفِيَ الجُعل بِمَنزِلةِ البَائِعِ بِحَبسِ المَبِيعِ لاستِيفَاءِ الثَّمَنِ، وَكَذَا إذَا مَاتَ فِي يَدِهِ لا شَيءَ عَليهِ لِمَا قُلنَا. قَال (وَلو أَعتَقَهُ المَولى كَمَا لقِيَهُ صَارَ قَابِضًا بِالإِعتَاقِ) كَمَا فِي العَبدِ المُشتَرَى، وَكَانَ إذَا بَاعَهُ مِن الرَّادِّ لِسَلامَةِ البَدَل لهُ، وَالرَّادُّ وَإن كَانَ لهُ حُكمُ البَيعِ. لكِنَّهُ بَيعٌ مِن وَجهٍ فَلا يَدخُلُ تَحتَ النَّهيِ الوَارِدِ عَن بَيعِ مَا لم يُقبَض فَجَازَ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلَنا أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ اتَّفَقُوا عَلى وُجُوبِ أَصْلِ الجُعْل، إلا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَا دُونَهَا) قَال عُمَرُ ﷺ في **جُعْل الآبق** دِينَارٌ أَوْ اثْنَا عَشَرَ دِرْهَمًا. وَقَال عَلِيٌّ ﷺ فِي جُعْل الآبِقِ دِينَارٌ وَعَشَرَةُ دَرَاهِمَ. وَقَال ابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا. وَقَال عَمَّارُ بْنُ يَاسِرٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: إنْ رَدَّهُ فِي المِصْرِ فَلهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ، وَإِنْ رَدَّهُ فِي خَارِجِ المِصْرِ اسْتَحَقَّ أَرْبَعِينَ (فَأَوْجَبْنَا الأَرْبَعِينَ فِي مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ تَوْفِيقًا وَتَلفِيقًا) أَيْ جَمْعًا بَيْنَ الرِّوَايَاتِ المُتَعَارِضَةِ.

فَإِنْ قِيل: كَانَ الوَاجِبُ أَنْ يُؤْخَذَ بِأَقَل المَقَادِيرِ لتِيَقُّنِه. أُجِيبَ بِأَنَّهُ لَمْ يُؤْخَذْ

بالأَقل لأَنَّ التَّوْفِيقَ بَيْنَ أَقَاوِيلهِمْ مُمْكِنٌ بِأَنْ يُحْمَل قَوْلُ مَنْ أَفْتَى بِالأَقَل عَلى مَا إِذَا رَدَّهُ مِمَّا دُونَ مَسِيرَةِ السَّفَرِ، وَقَوْلُ مَنْ أَفْتَى بِالأَكْثَرِ عَلى مَا إِذَا رَدَّهُ مِنْ مَسِيرَةِ السَّفَرِ، وَهَذَا أَوْلَى لأَنَّهُ يُعْمَلُ بِكُلٍّ مِنْهُمَا. وَقَوْلُهُ (وَالتَّقْدِيرُ بِالسَّمْعِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الآبِقِ عَلى الضَّال فِي عَدَمِ وُجُوبِ الجُعْل.

وَفِي قَوْلِه (وَلأَنَّ الحَاجَةَ) إِشَارَةٌ إِلى نَفْيِ الإِلحَاقِ دَلالةً لأَنَّهَا تَقْتَضِي التَّسَاوِيَ بَيْنَ الأَصْل وَالمُلحَقِ وَليْسَ بِمَوْجُودٍ. وَقَوْلُهُ (وَيُقَدَّرُ الرَّضْخُ) تَفْصِيلٌ لقَوْلِه وَإِنْ رَدَّهُ لأَقَل مِنْ ذَلكَ فَبِحِسَابِه، فَإِنْ عَمِلُوا بِالقِسْمَةِ كَانَ لكُل يَوْمٍ ثَلاثَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا وَثُلُثُ دِرْهَمٍ. قِيل وَالأَشْبَهُ التَّفْوِيضُ إِلى رَأْيِ الإِمَامِ. قَوْلُهُ (**وَأُمُّ الوَلدِ وَالمُدَبَّرُ فِي هَذَا**) **أَيْ فِي وُجُوبِ الجُعْل** (بِمَنْزِلةِ القِنِّ) لأَنَّهُمَا مَمْلُوكَانِ للمَوْلى وَهُوَ يَسْتَكْسِبُهُمَا بِمَنْزِلةِ القِنِّ، وَتَعْليلُ المُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللهُ بِقَوْلِه (لمَا فِيه مِنْ إِحْيَاءِ مِلكِه) أَوْلى مِنْ تَعْليل غَيْرِه بِقَوْلِه لمَا فِيه مِنْ إِحْيَاءِ المَاليَّة، لأَنَّ أُمَّ الوَلدِ لا مَاليَّةَ فِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُمَا يَعْتِقَانِ بِالمَوْتِ) بِإِطْلاقِه ظَاهِرًا فِي أُمِّ الوَلدِ وَفِي حَقِّ المُدَبَّرِ الذِي لا سِعَايَةَ عَليْه، وَأَمَّا الذِي عَليْه السِّعَايَةُ بِأَنْ لمْ يَكُنْ للمَوْلى مَالٌ سِوَاهُ فَكَذَلكَ لا يَسْتَوْجِبُ الجُعْل عَلى الوَرَثَةِ لأَنَّ المُسْتَسْعَى كَالمُكَاتَبِ عِنْدَهُ وَحُرٌّ مَدْيُونٌ عِنْدَهُمَا، وَلا جُعْل لرَادِّ المُكَاتَبِ أَوْ الحُرِّ (قَوْلُهُ وَلوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَا المَوْلى أَوْ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِه) أَيْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي عِيَالِه ظَاهِرًا، وَلمْ يَذْكُرْ جَوَابَ مَا إِذَا لمْ يَكُونَا فِي عِيَالِه. وَالقِيَاسُ أَنْ يَسْتَحِقَّ كُلٌّ مِنْ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ الجُعْل إِذَا لمْ يَكُنْ فِي عِيَالِه، لكِنْ اُسْتُحْسِنَ فَقِيل إِذَا وَجَدَ عَبْدَ أَبِيه وَليْسَ فِي عِيَالِه فَلا جُعْل لهُ لأَنَّ رَدَّ الآبِقِ عَلى أَبِيه مِنْ جُمْلةِ الخِدْمَةِ، وَخِدْمَةُ الأَبِ مُسْتَحَقَّةٌ عَليْه فَلا جُعْل لهُ عَلى ذَلكَ، وَأَمَّا إِذَا وَجَدَ الأَبُ عَبْدَ ابْنِه وَليْسَ فِي عِيَالِه فَلهُ الجُعْلُ لأَنَّ خِدْمَةَ الابْنِ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ عَلى الأَبِ. وَقَوْلُهُ (فَلا يَتَنَاوَلُهُمْ إِطْلاقُ الكِتَابِ) أَيْ القُدُورِيِّ وَهُوَ قَوْلُهُ وَمَنْ رَدَّ الآبِقَ عَلى مَوْلاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ قَال وَإِنْ أَبَقَ مِنْ الذِي رَدَّهُ) أَيْ إِذَا **أَبَقَ الآبِقُ مِنْ الذِي أَخَذَهُ ليَرُدَّهُ** (فَلا شَيْءَ عَليْه) أَيْ لا ضَمَانَ عَليْه لأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِه (لكِنْ هَذَا إِذَا أَشْهَدَ) عِنْدَ الأَخْذِ، وَقَدْ (ذَكَرْنَاهُ فِي اللُّقَطَةِ) أَنَّ الأَخْذَ عَلى هَذَا الوَجْه مَأْذُونٌ فِيه شَرْعًا.

قَال المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ (وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ) أَيْ نُسَخِ مُخْتَصَرِ القُدُورِيِّ (لا

شَيْءَ لَهُ) أَيْ لا جُعْل للرَّادِّ إذَا أَبَقَ الآبِقُ مِنْهُ (وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا لأَنَّهُ) أَيْ الرَّادَّ (فِي مَعْنَى البَائِعِ مِنْ المَالِكِ) لأَنَّ عَامَّةَ مَنَافِعِ العَبْدِ زَالتْ بِالإِبَاقِ، وَإِنَّمَا يَسْتَفِيدُهَا المَوْلَى بِالرَّدِّ بِمَالٍ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَالبَائِعُ إذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ المَبِيعُ سَقَطَ الثَّمَنُ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا يَسْقُطُ الجُعْلُ، وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ (وَكَذَا إذَا مَاتَ فِي يَدِهِ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا) إنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ (وَلَوْ أَعْتَقَهُ المَوْلَى) أَيْ أَعْتَقَهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ (وَقْتَ لِقَائِهِ صَارَ قَابِضًا بِالإِعْتَاقِ) فَيَجِبُ عَلَيْهِ الجُعْلُ، وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ بِالإِعْتَاقِ إلَى أَنَّهُ لَوْ دَبَّرَ مَكَانَ الإِعْتَاقِ لَمْ يَصِرْ قَابِضًا.

وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الإِعْتَاقَ إتْلافٌ لِلمَالِيَّةِ فَيَصِيرُ بِهِ قَابِضًا كَمَا لَوْ **أَعْتَقَ المُشْتَرِي العَبْدَ المُشْتَرَى قَبْلَ القَبْضِ**، وَأَمَّا التَّدْبِيرُ فَلَيْسَ بِإِتْلافٍ لِلمَالِيَّةِ فَلا يَصِيرُ بِهِ المَوْلَى قَابِضًا إلا أَنْ يَصِلَ إلَى يَدِهِ (وَكَذَا إذَا بَاعَهُ مِنْ الرَّادِّ لِسَلامَةِ البَدَلِ لَهُ) وَهَذَا بِخِلافِ الهِبَةِ، فَإِنَّ المَوْلَى لا يَصِيرُ بِهَا قَابِضًا قَبْلَ الوُصُولِ إلَى يَدِهِ لأَنَّ فِي الهِبَةِ قَبْلَ القَبْضِ لَمْ يَصِلْ العَبْدُ إلَى يَدِ المَوْلَى وَلا يَدَ لَهُ فَلا يَكُونُ لَهَا حُكْمُ القَبْضِ. وَقَوْلُهُ وَالرَّدُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ البَيْعِ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ قَدْ قُلْتُمْ مِنْ قَبْلُ إنَّ الرَّدَّ فِي مَعْنَى البَيْعِ مِنْ المَالِكِ ثُمَّ جَوَّزْتُمْ بَيْعَ المَالِكِ مِنْ الرَّادِّ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ فَيَجِبُ أَنْ لا يَجُوزَ لِدُخُولِهِ تَحْتَ النَّهْيِ الوَارِدِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ، وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ أَنَّ النَّهْيَ عَنْ ذَلِكَ مُطْلَقٌ وَالمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلَى الكَامِلِ، وَالرَّدُّ لَيْسَ بِبَيْعٍ كَامِلٍ بَلْ هُوَ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ مِنْ حَيْثُ إعَادَةُ مِلْكِ التَّصَرُّفِ إلَيْهِ فَقَطْ، لأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ لا يَزُولُ عَنْ المَوْلَى بِالإِبَاقِ فَلا يَكُونُ دَاخِلا تَحْتَ النَّهْيِ فَيَكُونُ جَائِزًا.

قَالَ (وَيَنبَغِي إذَا أَخَذَهُ أَن يُشهِدَ أَنَّهُ يَأخُذُهُ لِيَرُدَّهُ) فَالإِشهَادُ حَتمٌ فِيهِ عَلَيهِ عَلى قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، حَتَّى لَو رَدَّهُ مَن لَم يُشهِد وَقتَ الأَخذِ لا جُعلَ لَهُ عِندَهُمَا لأَنَّ تَركَ الإِشهَادِ أَمَارَةُ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفسِهِ وَصَارَ كَمَا إذَا اشتَرَاهُ مِن الآخِذِ أَو اتَّهَبَهُ أَو وَرِثَهُ فَرَدَّهُ عَلَى مَولاهُ لا جُعلَ لَهُ لأَنَّهُ رَدَّهُ لِنَفسِهِ، إلا إذَا أَشهَدَ أَنَّهُ اشتَرَاهُ لِيَرُدَّهُ فَيَكُونُ لَهُ الجُعلُ وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَيَنْبَغِي إذَا أَخَذَهُ أَنْ يُشْهِدَ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِيَرُدَّهُ) ظَاهِرٌ.

(وَإِن كَانَ الآبِقُ رَهنًا فَالجُعلُ عَلى المُرتَهِنِ) لأَنَّهُ أَحيَا مَالِيَّتَهُ بِالرَّدِّ وَهِيَ حَقُّهُ، إذ

الاستيفاءُ منهَا وَالجُعلُ بمُقَابلةِ إحياءِ المَاليَّةِ فيَكُونُ عليه، وَالرَّدُّ فِي حيَاةِ الرَّاهِنِ وَبَعدَهُ سَوَاءٌ، لأنَّ الرَّهنَ لا يَبطُلُ بالموتِ، وَهذَا إذَا كَانَت قِيمَتُهُ مِثل الدَّينِ أو أقل منهُ، فَإن كَانَت أَكثَرَ فَبِقَدرِ الدَّينِ عليهِ وَالبَاقِي علَى الرَّاهِنِ لأنَّ حقَّهُ بالقَدرِ المَضمُونِ فصَارَ كَثَمَنِ الدَّوَاءِ وَتَخليصهُ عَن الجِنَايَةِ بالفِدَاءِ، وَإن كَانَ مَديُونًا فعَلَى المَولى إن اختَارَ قَضَاءَ الدَّينِ، وَإن بِيعَ بُدِئَ بالجُعل وَالبَاقِي للغُرَمَاءِ لأنَّهُ مُؤنَةُ الملك وَالملكُ فِيه كَالمَوقُوفِ فَتَجِبُ عَلَى مَن يَستَقِرُّ لهُ، وَإن كَانَ جَانِيًا فَعلَى المَولى إن اختَارَ الفِدَاءَ لعَودِ المَنفعَةِ إليه، وَعلَى الأَولِيَاءِ إن اختَارَ الدَّفعَ لعَودِهَا إليهِم، وَإن كَانَ مَوهُوبًا فَعلَى المَوهُوبِ لهُ، وَإن رَجَعَ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ بَعدَ الرَّدِّ لأنَّ المَنفعَةَ للوَاهِبِ مَا حَصَلت بالرَّدِّ بَل بتَركِ المَوهُوبِ لهُ التَّصرُّفَ فِيهِ بَعدَ الرَّدِّ، وَإن كَانَ لصَبِيٍّ فَالجُعلُ فِي مَالهِ لأنَّهُ مُؤنَةُ مِلكِهِ، وَإن رَدَّهُ وَصِيُّهُ فَلا جُعل لهُ لأنَّهُ هُوَ الذِي يَتَولى الرَّدَّ فِيه.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ **كَانَ الآبِقُ رَهْنًا**) سَيَأْتِي الكَلَامُ فِيهِ فِي الرَّهْنِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. وَقَوْلُهُ (وَالجُعْلُ بِمُقَابَلَة إِحْيَاءِ المَالِيَّة) فِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ يَلزَمُهُ إِذَا رَدَّ أُمَّ الوَلَد وَمَا ثَمَّةَ إِحْيَاءُ المَالِيَّة عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لا مَالِيَّةَ فِيهَا بِاعْتِبَارِ الرَّقَبَة، وَلَهَا مَالِيَّةٌ بِاعْتِبَارِ كَسْبِهَا لأَنَّهُ أَحَقُّ بِكَسْبِهَا وَقَدْ أَحْيَا الرَّادُّ ذَلكَ بِرَدِّه. قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ مَدْيُونًا) أَيْ **العَبْدُ الآبِقُ إِذَا كَانَ مَدْيُونًا بِأَنْ كَانَ مَأْذُونًا لهُ فَلحقَهُ الدَّيْنُ فِي التِّجَارَة أَوْ اسْتَهْلَكَ مَال الغَيْرِ وَأَقَرَّ بِه مَوْلَاهُ** (قَوْلُهُ كَالمَوْقُوف) يَعْنِي بَيْنَ أَنْ يَسْتَقِرَّ عَلَى المَوْلَى مَتَى اخْتَارَ قَضَاءَ الدَّيْنِ وَبَيْنَ أَنْ يَصِيرَ للغُرَمَاءِ مَتَى اخْتَارَ البَيْعَ، وَلَمَّا تَوَقَّفَ الملكُ فِي العَبْد تَوَقَّفَ مُؤْنَةُ الملك وَهُوَ الجُعْلُ (قَوْلُهُ وَإِنْ **كَانَ) أَيْ الآبِقُ مَوْهُوبًا فَالجُعْلُ عَلَى المَوْهُوب لهُ** وَإِنْ (رَجَعَ الوَاهِبُ فِي هِبَتِه بَعْدَ الرَّدِّ) وَإِنَّمَا ذَكَرَ أَنَّ الوَاصلةَ هَذه لدَفْعِ شُبْهَة تُرَدُّ عَلَى مَا ذُكِرَ قَبْلَهُ بِقَوْله فَتَجِبُ عَلَى مَنْ يَسْتَقِرُّ الملكُ لهُ وَبِقَوْله فَعَلَى المَوْلَى إِنْ اخْتَارَ الفدَاءَ، فَعَلَى كلا التَّقْدِيرَيْنِ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُجْعَل عَلَى الوَاهِبِ لوُجُودِ هَذَيْنِ المَعْنَيَيْنِ فِي حَقِّه. وَوَجْهُ الدَّفْعِ (أَنَّ المَنْفَعَةَ للوَاهِبِ مَا حَصَلتْ بِالرَّدِّ) أَيْ بِرَدِّ الآبِق (بَل بِتَرْكِ المَوْهُوب لهُ التَّصَرُّفَ فِيه بَعْدَ الرَّدِّ) مِنْ الهِبَة وَالبَيْعِ وَغَيْرِهِمَا مِنْ التَّصَرُّف الذي يَمْنَعُ الوَاهِبَ عَنْ الرُّجُوعِ فِي هِبَتِه فَلا يَجِبُ الجُعْلُ عَلَى الوَاهِبِ لذَلكَ. فَإِنْ قِيلَ: المَنْفَعَةُ حَصَلتْ

للوَاهِبِ بالمَجْمُوعِ وَهُوَ تَرْكُ المَوْهُوبِ لهُ الفعْلِ وَرَدُّ الرَّادِّ. أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ، لكِنَّ تَرْكَ المَوْهُوبِ لهُ الفعْلِ آخِرُهُمَا وُجُودًا فَيُضَافُ الحُكْمُ إليْهِ كَمَا فِي القَرَابَةِ مَعَ المِلكِ فَيُضَافُ العِتْقُ إلى آخِرِهِمَا وُجُودًا، كَذَا هَذَا. وَقوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ لِصَبِيٍّ إلى آخِرِهِ) ظَاهِرٌ وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ.

كِتَابُ المَفقُودِ

(إذَا غَابَ الرَّجُلُ فَلم يُعرَف لهُ مَوضِعٌ وَلا يُعلمُ أَحَيٌّ هُوَ أَم مَيِّتٌ نَصَّبَ القَاضِي مَن يَحفَظُ مَالهُ وَيَقُومُ عَليهِ وَيَستَوفِي حَقَّهُ) لأَنَّ القَاضِي نَصَّبَ نَاظِرًا لكُل عَاجِزٍ عَن النَّظَرِ لنَفسِهِ وَالمَفقُودُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَصَارَ كَالصَّبِيِّ وَالمَجنُون، وَفِي نَصبِ الحَافِظِ لمَالهِ وَالقَائِمِ عَليهِ نَظَرٌ لهُ. وَقَولُهُ يَستَوفِي حَقَّهُ لإِخفَاءِ أَنَّهُ يَقبِضُ غَلاتِهِ وَالدَّينَ الذِي أَقَرَّ بِهِ غَرِيمٌ مِن غُرَمَائِهِ لأَنَّهُ مِن بَابِ الحِفظِ، وَيُخَاصِمُ فِي دَينٍ وَجَبَ بِعَقدِهِ لأَنَّهُ أَصِيلٌ فِي حُقُوقِهِ، وَلا يُخَاصِمُ فِي الذِي تَوَلاهُ المَفقُودُ وَلا فِي نَصِيبٍ لهُ فِي عَقَارٍ أَو عُرُوضٍ فِي يَدِ رَجُلٍ لأَنَّهُ ليسَ بِمَالكٍ وَلا نَائِبٍ عَنهُ إنَّمَا هُوَ وَكِيلٌ بِالقَبضِ مِن جِهَةِ القَاضِي وَأَنَّهُ لا يَملكُ الخُصُومَةَ بِلا خِلافٍ، إنَّمَا الخِلافُ فِي الوَكِيل بِالقَبضِ مِن جِهَةِ المَالكِ فِي الدَّينِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ يَتَضَمَّنُ الحُكمَ بِهِ قَضَاءً عَلى الغَائِبِ، وَأَنَّهُ لا يَجُوزُ إلا إذَا رَآهُ القَاضِي وَقَضَى بِهِ لأَنَّهُ مُجتَهَدٌ فِيهِ، ثُمَّ مَا كَانَ يَخَافُ عَليهِ الفَسَادَ يَبِيعُهُ القَاضِي لأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَليهِ حِفظُ صُورَتِهِ وَمَعنَاهُ فَيَنظُرُ لهُ بِحِفظِ المَعنَى (وَلا يَبِيعُ مَا لا يَخَافُ عَليهِ الفَسَادَ فِي نَفَقَةٍ وَلا غَيرِهَا) لأَنَّهُ لا وِلايَةَ لهُ عَلى الغَائِبِ إلا فِي حِفظِ مَالهِ فَلا يَسُوغُ لهُ تَركُ حِفظِ الصُّورَةِ وَهُوَ مُمكِنٌ.

قَال (وَيُنفِقُ عَلى زَوجَتِهِ وَأَولادِهِ مِن مَالهِ) وَليسَ هَذَا الحُكمُ مَقصُورًا عَلى الأَولادِ بَل يَعُمُّ جَمِيعَ قَرَابَةِ الوِلادِ. وَالأَصلُ أَنَّ كُل مَن يَستَحِقُّ النَّفَقَةَ فِي مَالهِ حَال حَضرَتِهِ بِغَيرِ قَضَاءِ القَاضِي يُنفِقُ عَليهِ مِن مَالهِ عِندَ غَيبَتِهِ لأَنَّ القَضَاءَ حِينَئِذٍ يَكُونُ إعَانَةً، وَكُلُّ مَن لا يَستَحِقُّهَا فِي حَضرَتِهِ إلا بِالقَضَاءِ لا يُنفِقُ عَليهِ مِن مَالهِ فِي غَيبَتِهِ لأَنَّ النَّفَقَةَ حِينَئِذٍ تَجِبُ بِالقَضَاءِ وَالقَضَاءُ عَلى الغَائِبِ مُمتَنِعٌ، فَمِن الأَوَّل الأَولادُ الصِّغَارُ وَالإِنَاثُ مِن الكِبَارِ وَالزَّمِنِيُّ مِن الذُّكُورِ الكِبَارِ، وَمِن الثَّانِي الأَخُ وَالأُختُ وَالخَالُ وَالخَالةُ. وَقَولُهُ مِن مَالهِ مُرَادُهُ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لأَنَّ حَقَّهُم فِي المَطعُومِ وَالمَلبُوسِ فَإِذَا لم يَكُن ذَلكَ فِي مَالهِ

يَحتَاجُ إلى القَضَاءِ بِالقِيمَةِ وَهِيَ النَّقدَانِ وَالتِّبرُ بِمَنزِلَتِهِمَا فِي هَذَا الحُكمِ لأنَّهُ يَصلُحُ قِيمَةً كَالمَضرُوبِ، وَهَذَا إذَا كَانَت فِي يَدِ القَاضِي، فَإِن كَانَت وَدِيعَةً أَو دَينًا يُنفِقُ عَلَيهِم مِنهُمَا إذَا كَانَ المُودِعُ وَالمَديُونُ مُقِرَّينَ بِالدَّينِ الوَدِيعَةِ وَالنِّكَاحِ وَالنَّسَبِ، وَهَذَا إذَا لم يَكُونَا ظَاهِرَينِ عِندَ القَاضِي، فَإِن كَانَا ظَاهِرَينِ فَلا حَاجَةَ إلى الإقرَارِ، وَإِن كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرَ الوَدِيعَةِ وَالدَّينِ أَو النِّكَاحِ وَالنَّسَبِ يَشتَرِطُ الإقرَارَ بِمَا ليسَ بِظَاهِرٍ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ. فَإِن دَفَعَ المُودِعُ بِنَفسِهِ أَو مَن عَليهِ الدَّينُ بِغَيرِ أَمرِ القَاضِي يَضمَنُ المُودِعُ وَلا يُبَرَّأ المَديُونُ لأنَّهُ مَا أَدَّى إلى صَاحِبِ الحَقِّ وَلا إلى نَائِبِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا دَفَعَ بِأَمرِ القَاضِي لأنَّ القَاضِي نَائِبٌ عَنهُ، وَإِن كَانَ المُودِعُ وَالمَديُونُ جَاحِدَينِ أَصلا أَو كَانَا جَاحِدَينِ الزَّوجِيَّةَ وَالنَّسَبَ لم يَنتَصِب أَحَدٌ مِن مُستَحِقِّي النَّفَقَةِ خَصمًا فِي ذَلكَ لأنَّ مَا يَدَّعِيه للغَائِبِ لم يَتَعَيَّن سَبَبًا لثُبُوتِ حَقِّهِ وَهُوَ النَّفَقَةُ، لأنَّهَا كَمَا تَجِبُ فِي هَذَا المَال تَجِبُ فِي مَالٍ آخَرَ للمَفقُودِ.

الشرح:

كِتَابُ المَفْقُود: قَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ مُنَاسَبَة ذِكْرِ هَذَا الكِتَاب هُنَا، وَالمَفْقُودُ مُشْتَقٌّ منَ الفَقْدِ وَهُوَ فِي اللُّغَة منْ الأَضْدَاد، يُقَالُ فَقَدْت الشَّيْءَ: أَيْ أَضْلَلته، وَفَقَدْته: أَيْ طَلَبْته، وَكلا المَعْنَيَيْنِ مُتَحقِّقٌ فِي المَفْقُود فَقَدْ ضَل عَنْ أَهْله وَهُمْ فِي طَلَبه. وَذُكِرَ فِي الكتَاب مَا يَدُلُّ عَلَى مَفْهُومه الشَّرْعِيِّ وَهُوَ قَوْلُهُ (**إذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَمْ يُعْرَفْ لهُ مَوْضِعٌ وَلَمْ يُعْلَمْ أَحَيٌّ هُوَ أَمْ مَيِّتٌ**) وَقَوْلُهُ (نَصَّبَ القَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَقُومُ عَلَيْه وَيَسْتَوْفي حَقَّهُ) إشَارَةٌ إلى بَيَان حُكْمه فِي الشَّرْعِ، وَكَلامُهُ وَاضحٌ (قَوْلُهُ وَلا فِي نَصِيبٍ لهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عُرُوضٍ فِي يَدِ رَجُلٍ) بِأَنْ كَانَ الشَّيْءُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ المَفْقُود وَغَيْرِه (قَوْلُهُ وَأَنَّهُ) أَيْ الوَكِيل مِنْ جهَة القَاضِي (لا يَمْلكُ الخُصُومَةَ بلا خلاف، إنَّمَا الخلافُ فِي الوَكِيل بِالقَبْضِ مِنْ جهَة المَالك فِي الدَّيْن) فَإِنَّهُ عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَمْلكُ الخُصُومَةَ وَعنْدَهُمَا لا يَمْلكُهَا (وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ) يَعْنِي أَنَّ وَكِيل القَاضِي لَمَّا لَمْ يَمْلكْ الخُصُومَةَ كَانَ حُكْمُ القَاضِي بتَنْفِيذ الخُصُومَة قَضَاءً بالدَّيْن للغَائب، وَالقَضَاءُ عَلَى الغَائب وَللغَائبِ لا يَجُوزُ، لأَنَّ القَضَاءَ لقَطْعِ الخُصُومَة وَالخُصُومَةُ مِنْ الغَائب غَيْرُ مُتَصَوَّرَة (إلا إذَا رَآهُ القَاضِي) أَيْ جَعَل ذَلكَ رَأْيًا لهُ وَحَكَمَ بِهِ فَحِينَئذٍ يَجُوزُ، لأَنَّ القَضَاءَ إذَا لاقَى

فَصْلا مُجْتَهَدًا فيه نَفَّذَهُ. فَإِنْ قِيلَ: الْمُجْتَهَدُ فِيهِ نَفْسُ القَضَاءِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَوَقَّفَ نَفَاذُهُ عَلى إِمْضَاءِ قَاضٍ آخَرَ كَمَا لوْ كَانَ القَاضِي مَحْدُودًا فِي قَذْف. أُجِيبَ بِأَنَّ الْمُجْتَهَدَ فيه سَبَبٌ للقَضَاءِ وَهُوَ أَنَّ البَيِّنَةَ هَل تَكُونُ حُجَّةً مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ حَاضِرٍ أَوْ لا، فَإِذَا رَآهَا القَاضِي حُجَّةً وَقَضَى بِهَا نَفَذَ قَضَاؤُهُ كَمَا لوْ قَضَى بِشَهَادَةِ المَحْدُودِ فِي القَذْف (قَوْلُهُ ثُمَّ مَا كَانَ يُخَافُ عَلَيْه الفَسَادُ يَبِيعُهُ القَاضِي) ظَاهِرٌ. قَوْلُهُ وَمِنْ الثَّانِي الأَخُ وَالأُخْتُ) إِنَّمَا كَانَ مِنْ الثَّانِي لأَنَّهَا نَفَقَةُ ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ (وَهِيَ مُجْتَهَدٌ فِيهَا فَلا تَجِبُ إِلا بِالقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا) وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ الأَخْذُ بِدُونِ القَضَاءِ وَالرِّضَا. وَقَوْلُهُ (فَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ) يَعْنِي المَلْبُوسَ وَالمَطْعُومَ فِي مَالِهِ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيْ الذِي ذَكَرْنَاهُ مِنْ إِنْفَاقِ القَاضِي عَلَيْهِمْ مِنْ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ (إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ القَاضِي) وَهَذَا) أَيْ الاحْتِيَاجُ إِلى الإِقْرَارِ إِنَّمَا هُوَ (إِذَا لَمْ يَكُونَا) أَيْ الدَّيْنُ الوَدِيعَةُ أَوْ النِّكَاحُ، وَالنَّسَبُ جَعْلُ الدَّيْنِ الوَدِيعَةِ شَيْئًا وَاحِدًا، وَالنِّكَاحُ وَالنَّسَبُ كَذَلِكَ فَلِذَلِكَ ذَكَرَهُمَا بِلَفْظِ التَّثْنِيَةِ (قَوْلُهُ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ جَوَابِ القِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ إِنَّهُ لا يُنْفِقُ مِنْهُمَا عَلَيْهِمْ بِالإِقْرَارِ لأَنَّ إِقْرَارَ المُودَعِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلى الغَائِبِ، وَهُوَ لَيْسَ بِخَصْمٍ عَنْ الغَائِبِ وَلا يُقْضَى عَلى الغَائِبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَنْهُ خَصْمٌ حَاضِرٌ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: المُودَعُ مُقِرٌّ بِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُ الغَائِبِ، وَأَنَّ لِلزَّوْجَةِ وَالوَلَدِ حَقَّ الإِنْفَاقِ مِنْهُ، وَإِقْرَارُ الإِنْسَانِ فِيمَا فِي يَدِهِ مُعْتَبَرٌ فَيَنْتَصِبُ هُوَ خَصْمًا بِاعْتِبَارِ مَا فِي يَدِهِ ثُمَّ يَتَعَدَّى القَضَاءُ مِنْهُ إِلى المَفْقُودِ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ القَاضِيَ نَائِبٌ عَنْهُ) اُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ القَاضِيَ نَائِبٌ عَنْ الغَائِبِ فِي القَبْضِ لِلحِفْظِ وَلا حِفْظَ فِي القَبْضِ لِلإِنْفَاقِ عَلى هَؤُلاءِ فَلا يَكُونُ نَائِبًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ القَاضِيَ نَائِبٌ عَنْهُ فِي إِيفَاءِ مَا عَلَيْهِ مِنْ الحُقُوقِ كَمَا هُوَ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الحِفْظِ وَلِهَذَا جَازَ لَهُ أَنْ يُوفِيَ مَا عَلَيْهِ مِنْ الدَّيْنِ إِذَا عَلِمَ بِوُجُوبِهِ بِخِلافِ المُودَعِ فَإِنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الحِفْظِ فَقَطْ.

فَإِنْ قُلت: إِذَا دَفَعَ المُودَعُ بِغَيْرِ أَمْرِ القَاضِي وَجَبَ أَنْ لا يَضْمَنَ لأَنَّهُ دَفَعَهَا إِلى مَنْ فِي عِيَالِ المُودَعِ وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهِمْ لا يُوجِبُهُ إِذَا كَانَ لِلحِفْظِ وَالدَّفْعُ لِلإِنْفَاقِ دَفْعٌ لِلإِتْلافِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ مَا يَدَّعِيهِ لِلغَائِبِ) مَعْنَاهُ أَنَّ الخُصُومَةَ لا تُسْمَعُ إِلا مِنْ المَالِكِ أَوْ نَائِبِهِ وَالمَالِكُ غَائِبٌ وَلا نَائِبَ لَهُ حَقِيقَةً لأَنَّهُ لَمْ يُوَكِّلْ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَلا حُكْمًا لأَنَّ مَا يَدَّعِيهِ لِلغَائِبِ لَمْ يَتَعَيَّنْ لَهُ سَبَبًا لِثُبُوتِ حَقِّهِ (وَهُوَ

النَّفَقَةُ لأنَّهَا كَمَا تَجبُ فِي هَذَا المَال تَجبُ فِي مَالٍ آخَرَ للمَفْقُود) وَلا يَكُونُ الثَّابتُ حُكْمًا إلا فِي مِثْل ذَلكَ، وَسَيَجِيءُ تَمَامُهُ فِي كِتَاب القَضَاء إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى.

قال (وَلا يُفَرِّقُ بَينَهُ وَبَينَ امرَأَتِهِ) وَقَال مَالكٌ: إذَا مَضَى أَربَعُ سِنِينَ يُفَرِّقُ القَاضِي بَينَهُ وَبَينَ امرَأَتِهِ وَتَعتَدُّ عِدَّةَ الوَفَاةِ ثُمَّ تَتَزَوَّجُ مَن شَاءَت لأنَّ عُمَرَ ﷺ هَكَذَا قَضَى فِي الذِي استَهوَاهُ الجِنُّ بِالمَدِينَةِ وَكَفَى بِهِ إمَامًا، وَلأَنَّهُ مَنَعَ حَقَّهَا بِالغَيبَةِ فَيُفَرِّقُ القَاضِي بَينَهُمَا بَعدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ اعتِبَارًا بِالإِيلاءِ وَالعُنَّةِ، وَبَعدَ هَذَا الاعتِبَارِ أَخَذَ المِقدَارَ مِنهُمَا الأَربَعَ مِنَ الإِيلاءِ وَالسِّنِينَ مِنَ العُنَّةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَينِ. وَلَنَا «قَولُهُ ﷺ فِي امرَأَةِ المَفقُودِ أَنَّهَا امرَأَتُهُ حَتَّى يَأتِيَهَا البَيَانُ»[1]. وَقَولُ عَلِيٍّ ﷺ فِيهَا: هِيَ امرَأَةٌ أُبتُلِيَت فَلتَصبِر حَتَّى يَستَبِينَ مَوتٌ أَو طَلَاقٌ خَرَجَ بَيَانًا للبَيَانِ المَذكُورِ فِي المَرفُوعِ، وَلأَنَّ النِّكَاحَ عُرِفَ ثُبُوتُهُ وَالغَيبَةُ لا تُوجِبُ الفُرقَةَ وَالمَوتُ فِي حَيِّزِ الاحتِمَال فَلا يُزَالُ النِّكَاحُ بِالشَّكِّ، وَعُمَرُ ﷺ رَجَعَ إلى قَول عَلِيٍّ ﷺ وَلا مُعتَبَرَ بِالإِيلاءِ لأَنَّهُ كَانَ طَلاقًا مُعَجَّلا فَاعتُبِرَ فِي الشَّرعِ مُؤَجَّلا فَكَانَ مُوجِبًا للفُرقَةِ، وَلا بِالعُنَّةِ لأَنَّ الغَيبَةَ تَعقُبُ الأَوْدَةَ، وَالعُنَّةُ قَلمَا تَنحَلُّ بَعدَ استِمرَارِهَا سَنَةً.

الشرح:

قَال (**وَلا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَته**) كَلامُهُ وَاضحٌ، وَقصَّةُ مَنْ اسْتَهْوَتْهُ الجنُّ: أيْ جَرَّتْهُ إلى المَهَاوِي وَهِيَ المَهَالكُ مَا رَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي لَيْلَى قَال: أنَا لقيت المَفْقُودَ فَحَدَّثَني حَدِيثَهُ قَال: أَكَلت خَزيرًا فِي أَهْلي فَخَرَجْت فَأَخَذَنِي نَفَرٌ مِنْ الجنِّ فَمَكَثْت فِيهِمْ، ثُمَّ بَدَا لَهُمْ فِي عِتْقِي فَأَعْتَقُونِي ثُمَّ أَتَوْا بِي قَرِيبًا مِنْ المَدِينَة فَقَالُوا: أَتَعْرِفُ الخَلِيل؟ فَقُلت: نَعَمْ، فَخَلُّوا عَنِّي، فَجِئْت فَإِذَا عُمَرُ بْنُ الخَطَّاب قَدْ أَبَانَ امْرَأَتِي بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ وَحَاضَتْ وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ، فَخَيَّرَنِي عُمَرُ ﷺ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيَّ وَبَيْنَ المَهْرِ.

قَال مَالكٌ: وَهَذَا مِمَّا لا يُدْرَكُ بِالقِيَاسِ فَيُحْمَلُ عَلى المَسْمُوعِ مِنْ رَسُول الله ﷺ وَلأَنَّهُ مَنَعَ حَقَّهَا بالغَيْبَة فَيُفَرِّقُ القَاضِي بَيْنَهُمَا بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّة اعْتبَارٍ بالإِيلاءِ وَالعُنَّة) وَالجَامعُ بَيْنَهُمَا مَنْعُ الزَّوْجِ حَقَّ المَرْأَةِ وَرَفْعُ الضَّرَرِ عَنْهَا، فَإِنَّ العِنِّينَ يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ بَعْدَ مُضِيِّ سَنَة لرَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهَا، وَبَيْنَ المَوْلى وَامْرَأَته بَعْدَ أَرْبَعَة أَشْهُرٍ لرَفْعِ الضَّرَرِ

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/٣١٢)، وانظر نصب الراية (٣/٧١٨).

عَنْهَا، وَلكِنَّ عُذْرَ المَفْقُودِ أَظْهَرُ مِنْ عُذْرِ المَوْلى وَالعِنِّينِ، فَيَتَعَيَّنُ فِي حَقِّهِ المُدَّتَانِ فِي التَّرَبُّصِ بِأَنْ تُجْعَلَ السُّنُونَ مَكَانَ الشُّهُورِ فَتَتَرَبَّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ (عَمَلا بِالشَّبَهَيْنِ) (قَوْلُهُ وَلَنَا) ظَاهِرٌ. وَحَاصِلُهُ أَنَّ البَيَانَ فِي الحَدِيثِ المَرْفُوعِ إلى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مُجْمَلٌ، وَقَوْلُ عَلِيٍّ ﷺ خَرَجَ بَيَانًا لِذَلِكَ المُبْهَمِ (قَوْلُهُ وَعُمَرُ ﷺ رَجَعَ إلى قَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ) رَوَاهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى (قَوْلُهُ وَلا مُعْتَبَرَ بِالإِيلاءِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مَالِكٍ فِي صُورَةِ النِّزَاعِ عَلَى الإِيلاءِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، فَإِنَّ الإِيلاءَ إذَا كَانَ طَلاقًا كَانَ مُزِيلا لِلملك، بِخِلافِ المَفْقُودِ فَإِنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ طَلاقٌ لا مُعَجَّلٌ وَلا مُؤَجَّلٌ (قَوْلُهُ وَلا بِالعُنَّةِ) جَوَابٌ عَنْ القِيَاسِ بِالعُنَّةِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ العُنَّةَ بَعْدَ مَا اسْتَمَرَّتْ سَنَةً كَانَتْ طَبِيعَةً وَالطَّبِيعَةُ لا تَنْحَلُّ فَفَاتَ حَقُّهَا عَلى التَّأْبِيدِ فَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ سَنَةٍ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهَا، بِخِلافِ امْرَأَةِ المَفْقُودِ فَإِنَّ حَقَّهَا مَرْجُوٌّ قَبْلَ مُضِيِّ أَرْبَعِ سِنِينَ وَبَعْدَهُ.

قَالَ (وَإِذَا تَمَّ لهُ مِائَةٌ وَعِشرُونَ سَنَةً مِن يَومِ وُلدَ حَكَمنَا بِمَوتِهِ) قَال رَضِيَ اللهُ عَنهُ: وَهَذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَن أَبِي حَنِيفَةَ: وَفِي ظَاهِرِ المَذهَبِ يُقَدَّرُ بِمَوتِ الأَقرَانِ، وَفِي المَروِيِّ عَن أَبِي يُوسُفَ بِمِائَةِ سَنَةٍ، وَقَدَّرَهُ بَعضُهُم بِتِسعِينَ، وَالأَقيَسُ أَن لا يُقَدَّرَ بِشَيءٍ. وَالأَرفَقُ أَن يُقَدَّرَ بِتِسعِينَ، وَإِذَا حُكِمَ بِمَوتِهِ اعتَدَّت امرَأَتُهُ عِدَّةَ الوَفَاةِ مِن ذَلكَ الوَقتِ (وَيُقسَمُ مَالُهُ بَينَ وَرَثَتِهِ المَوجُودِينَ فِي ذَلكَ الوَقتِ) كَأَنَّهُ مَاتَ فِي ذَلكَ الوَقتِ مُعَايَنَةً إذ الحُكمِيُّ مُعتَبَرٌ بِالحَقِيقِيِّ (وَمَن مَاتَ قَبل ذَلكَ لم يَرِث مِنهُ) لأَنَّهُ لم يُحكَم بِمَوتِهِ فِيهَا فَصَارَ كَمَا إذَا كَانَت حَيَاتُهُ مَعلُومَةً (وَلا يَرِثُ المَفقُودُ أَحَدًا مَاتَ فِي حَال فَقدِهِ) لأَنَّ بَقَاءَهُ حَيًّا فِي ذَلكَ الوَقتِ بِاستِصحَابِ الحَال وَهُوَ لا يَصلُحُ حُجَّةً فِي الاستِحقَاقِ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَإِذَا تَمَّ لهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً) اخْتَلَفَتْ رِوَايَاتُ أَصْحَابِنَا فِي **مُدَّةِ المَفْقُودِ**؛ فَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ، فَإِذَا مَضَتْ هَذِهِ المُدَّةُ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ. قِيل: وَهَذَا يَرْجِعُ إلى قَوْلِ أَهْلِ الطَّبَائِعِ وَالنُّجُومِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ: لا يَجُوزُ أَنْ يَعِيشَ أَحَدٌ أَكْثَرَ مِنْ هَذِهِ المُدَّةِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الأَقْرَانِ فَإِنَّهُ إذَا لَمْ يَبْقَ أَحَدٌ مِنْ أَقْرَانِهِ حَيًّا حُكِمَ بِمَوْتِهِ لأَنَّ مَا تَقَعُ الحَاجَةُ إلى مَعْرِفَتِهِ فَطَرِيقُهُ فِي الشَّرْعِ الرُّجُوعُ إلى أَمْثَالِهِ كَقِيَمِ المُتْلَفَاتِ وَمَهْرِ مِثْلِ النِّسَاءِ، وَبَقَاؤُهُ بَعْدَ مَوْتِ جَمِيعِ أَقْرَانِهِ نَادِرٌ

وَبِنَاءُ الأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى الظَّاهِرِ دُونَ النَّادِرِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ بِأَقْرَانِهِ فِي جَمِيعِ الدُّنْيَا أَوْ فِي الإِقْلِيمِ الذِي هُوَ فِيهِ ذَكَرْنَاهُ فِي شَرْحِ الفَرَائِضِ السِّرَاجِيَّةِ، وَفِي المَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ بِمِائَةِ سَنَةٍ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنْ لا يَعِيشَ أَحَدٌ فِي زَمَانِنَا أَكْثَرَ مِنْ مِائَةِ سَنَةٍ، وَقَدَّرَ بَعْضُهُمْ بِتِسْعِينَ لأَنَّهُ مُتَوَسِّطٌ لَيْسَ بِغَالِبٍ وَلا نَادِرٍ، وَالأَقْيَسُ أَفْعَلُ تَفْضِيلٍ لِلْمَفْعُولِ وَهُوَ المَقِيسُ عَلَى طَرِيقِ الشُّذُوذِ كَقَوْلِهِمْ: أَشْغَلُ مِنْ ذَاتِ النَّحْيَيْنِ أَنْ لا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ مِنَ المُقَدَّرَاتِ كَالمِائَةِ وَالتِّسْعِينَ وَلَكِنَّهُ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الأَقْرَانِ، لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُقَدَّرْ بِشَيْءٍ أَصْلًا لَتَعَطَّلَ حُكْمُ المَفْقُودِ، وَالأَرْفَقُ أَنْ يُقَدَّرَ بِتِسْعِينَ لأَنَّهُ أَقَلُّ مَا ذُكِرَ فِيهِ مِنَ المَقَادِيرِ (قَوْلُهُ وَإِذَا حُكِمَ بِمَوْتِهِ) ظَاهِرٌ.

(وَكَذَلِكَ لو أَوصَى للمَفقُودِ وَمَاتَ المُوصِي) ثُمَّ الأَصلُ أَنَّهُ لو كَانَ مَعَ المَفقُودِ وَارِثٌ لا يُحجَبُ بِهِ وَلَكِنَّهُ يُنتَقَصُ حَقُّهُ بِهِ يُعطَى أَقَلَّ النَّصِيبَينِ وَيُوقَفُ البَاقِي وَإِن كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ يُحجَبُ بِهِ لا يُعطَى أَصلًا. بَيَانُهُ: رَجُلٌ مَاتَ عَن ابنَتَينِ وَابنِ مَفقُودٍ وَابنِ ابنٍ وَبِنتِ ابنٍ وَالمَالُ فِي يَدِ الأَجنَبِيِّ وَتَصَادَقُوا عَلَى فَقدِ الابنِ وَطَلَبَت الابنَتَانِ المِيرَاثَ تُعطَيَانِ النِّصفَ لأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ وَيُوقَفُ النِّصفُ الآخَرُ وَلا يُعطَى وَلَدَ الابنِ لأَنَّهُم يُحجَبُونَ بِالمَفقُودِ، وَلَو كَانَ حَيًّا فَلا يَستَحِقُّونَ المِيرَاثَ بِالشَّكِّ (وَلا يُنزَعُ مِن يَدِ الأَجنَبِيِّ إلا إِذَا ظَهَرَت مِنهُ خِيَانَةٌ) وَنَظِيرُ هَذَا الحَملُ فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابنٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا عَلَيهِ الفَتوَى، وَلَو كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ آخَرُ إِن كَانَ لا يَسقُطُ بِحَالٍ وَلا يَتَغَيَّرُ بِالحَملِ يُعطَى كُلٌّ نَصِيبَهُ، وَإِن كَانَ مِمَّن يَسقُطُ بِالحَملِ لا يُعطَى، وَإِن كَانَ مِمَّن يَتَغَيَّرُ بِهِ يُعطِي الأَقَلَّ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ كَمَا فِي المَفقُودِ وَقَد شَرَحنَاهُ فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى بِأَتَمَّ مِن هَذَا، وَاللَّهُ أَعلَمُ.

الشرح:

وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِلْمَفْقُودِ وَمَاتَ المُوصِي) أَيْ لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بَل تُوقَفُ. وَذُكِرَ فِي الذَّخِيرَةِ: وَإِذَا أَوْصَى رَجُلٌ لِلْمَفْقُودِ بِشَيْءٍ فَإِنِّي لا أَقْضِي بِهَا وَلا أُبْطِلُهَا حَتَّى يَظْهَرَ حَالُ المَفْقُودِ لأَنَّ الوَصِيَّةَ أُخْتُ المِيرَاثِ، **وَفِي المِيرَاثِ تُحْبَسُ حِصَّةُ المَفْقُودِ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ حَالُهُ**، فَكَذَلِكَ فِي الوَصِيَّةِ، وَالأَصْلُ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَتَصَادَقُوا) أَيْ الوَرَثَةُ المَذْكُورُونَ وَالأَجْنَبِيُّ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالتَّصَادُقِ لأَنَّ الأَجْنَبِيَّ الذِي فِي يَدِهِ المَالُ إِذَا قَالَ قَدْ مَاتَ المَفْقُودُ قَبْلَ أَبِيهِ فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى دَفْعِ الثُّلُثَيْنِ إِلَى البِنْتَيْنِ، لأَنَّ

إِقْرَارَ ذِي اليَدِ فِيمَا فِي يَدِهِ مُعْتَبَرٌ، وَقَدْ أَقَرَّ بِأَنَّ ثُلُثَيْ مَا فِي يَدِهِ لَهُمَا فَيُجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِ ذَلِكَ إِلَيْهِمَا.

وَقَوْلُ أَوْلَادِ الابْنِ أَبُونَا مَفْقُودٌ لا يَمْنَعُ إِقْرَارَ ذِي اليَدِ لأَنَّهُمْ لا يَدَّعُونَ لأَنْفُسِهِمْ شَيْئًا بِهَذَا القَوْلِ وَيُوقَفُ البَاقِي عَلَى يَدِ ذِي اليَدِ حَتَّى يَظْهَرَ مُسْتَحِقُّهُ، هَذَا إِذَا أَقَرَّ مَنْ فِي يَدِهِ المَالُ، أَمَّا لَوْ جَحَدَ أَنْ يَكُونَ المَالُ فِي يَدِهِ لِلمَيِّتِ فَأَقَامَتْ البِنْتَانِ البَيِّنَةَ أَنَّ أَبَاهُمَا مَاتَ وَتَرَكَ المَالَ مِيرَاثًا لَهُمَا وَلأَخِيهِمَا المَفْقُودِ، فَإِنْ كَانَ حَيًّا فَهُوَ الوَارِثُ مَعَهُمَا، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا فَوَلَدُهُ الوَارِثُ مَعَهُمَا فَإِنَّهُ يَدْفَعُ إِلَى البِنْتَيْنِ النِّصْفَ لأَنَّهُمَا بِهَذِهِ البَيِّنَةِ تُثْبِتَانِ المِلْكَ لأَبِيهِمَا فِي هَذَا المَالِ وَالأَبُ مَيِّتٌ وَأَحَدُ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنْ المَيِّتِ فِي إِثْبَاتِ المِلْكِ لَهُ بِالبَيِّنَةِ، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ يُدْفَعُ إِلَيْهِمَا المُتَيَقَّنُ وَهُوَ النِّصْفُ، وَيُوقَفُ النِّصْفُ البَاقِي عَلَى يَدِ عَدْلٍ، لأَنَّ الذي فِي يَدِهِ جَحَدَ وَهُوَ غَيْرُ مُؤْتَمَنٍ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ وَالمَالُ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ لأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ الابْنَتَيْنِ وَالمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَإِنَّ القَاضِيَ لا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُحَوِّلَ المَالَ مِنْ مَوْضِعِهِ وَلا يَقِفَ مِنْهُ شَيْئًا لِلمَفْقُودِ، وَمُرَادُهُ بِهَذَا اللَّفْظِ أَنَّهُ لا يُخْرِجُ شَيْئًا مِنْ أَيْدِيهِمَا لأَنَّ النِّصْفَ صَارَ بَيْنَهُمَا بِيَقِينٍ وَالنِّصْفُ البَاقِي لِلمَفْقُودِ مِنْ وَجْهٍ.

وَيُرِيدُ بِقَوْلِهِ وَلا يَقِفُ مِنْهُ شَيْئًا لِلمَفْقُودِ أَنْ لا يَجْعَلَ شَيْئًا مِمَّا فِي يَدِ الابْنَتَيْنِ مِلْكًا لِلمَفْقُودِ عَلَى الحَقِيقَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ المَالُ فِي يَدِ وَلَدَيْ الابْنِ المَفْقُودِ فَطَلَبَتْ البِنْتَانِ مِيرَاثَهُمَا وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الابْنَ مَفْقُودٌ فَإِنَّهُ تُعْطَى البِنْتَانِ النِّصْفَ وَهُوَ أَدْنَى مَا يُصِيبُهُمَا وَتُرِكَ البَاقِي فِي يَدِ وَلَدَيْ الابْنِ المَفْقُودِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُقْضَى بِهِ لَهُمَا وَلا لأَبِيهِمَا، لأَنَّا لَوْ قَدَّرْنَا الابْنَ المَفْقُودَ مَيِّتًا كَانَ نَصِيبُهُمَا الثُّلُثَيْنِ فَكَانَ النِّصْفُ مُتَيَقَّنًا بِهِ. قَوْلُهُ (وَنَظِيرُ هَذَا) يَعْنِي المَفْقُودَ الحَمْلُ فِي حَقِّ تَوَقُّفِ النِّصْفِ فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابْنٍ وَاحِدٍ عَلَى مَا عَلَيْهِ الفَتْوَى، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الرِّسَالَةِ وَشَرْحِهَا وَشَرْحِ الفَرَائِضِ السِّرَاجِيَّةِ فِي عِلْمِ الفَرَائِضِ.

قَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ مَعَهُ) أَيْ مَعَ الحَمْلِ (وَارِثٌ آخَرُ) إِنْ كَانَ لا يَسْقُطُ بِحَالٍ وَلا يَتَغَيَّرُ بِالحَمْلِ يُعْطَى كُلٌّ نَصِيبَهُ، كَمَا إِذَا تَرَكَ امْرَأَةً حَامِلا وَجَدَّةً فَإِنَّ لِلجَدَّةِ السُّدُسَ لأَنَّهُ لا يَتَغَيَّرُ فَرْضُهَا بِالحَمْلِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَرَكَ ابْنًا وَامْرَأَةً حَامِلا فَإِنَّ المَرْأَةَ تُعْطَى الثُّمُنَ لأَنَّهُ لا تَتَغَيَّرُ فَرِيضَتُهَا وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَسْقُطُ بِالحَمْلِ لا تُعْطَى كَابْنِ الابْنِ وَالأَخِ أَوْ

العَمِّ، فَإِنَّهُ لوْ تَرَكَ امْرَأَةً حَامِلا وَأَخًا أَوْ عَمًّا لا يُعْطَى الأَخُ وَالعَمُّ شَيْئًا، لأَنَّ مِنْ الجَائِزِ أَنْ يَكُونَ الحَمْلُ ابْنًا فَيَسْقُطَ مَعَهُ الأَخُ وَالعَمُّ، فَلمَّا كَانَ ممَّنْ يَسْقُطُ بِحَالٍ كَانَ أَصْلُ الاسْتِحْقَاقِ لهُ مَشْكُوكًا فَلا يُعْطَى شَيْئًا لذَلكَ، وَإِنْ كَانَ ممَّنْ يَتَغَيَّرُ بِهِ يُعْطَى الأَقَلَ المُتَيَقَّنَ بِهِ كَالزَّوْجَةِ وَالأُمِّ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ الحَمْلُ حَيًّا تَرِثُ الزَّوْجَةُ الثُّمُنَ وَالأُمُّ السُّدُسَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَيًّا فَهُمَا يَرِثَانِ الرُّبْعَ وَالثُّلُثَ فَتُعْطَيَانِ الثُّمُنَ وَالسُّدُسَ للتَّيَقُّنِ كَمَا فِي المَفْقُودِ: يَعْنِي أَنَّهُ إِذَا **مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ جَدَّةً وَابْنًا مَفْقُودًا** فَللجَدَّةِ السُّدُسُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الحَمْلِ لأَنَّهُ لا يَتَغَيَّرُ نَصِيبُهَا، وَكَذَلكَ لوْ تَرَكَ أَخًا وَابْنًا مَفْقُودًا لا يُعْطَى الأَخُ شَيْئًا، وَكَذَلكَ لوْ تَرَكَ أُمًّا وَابْنًا مَفْقُودًا فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ المَفْقُودُ حَيًّا تَسْتَحِقُّ الأُمُّ السُّدُسَ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا تَسْتَحِقُّ الثُّلُثَ كَمَا فِي الحَمْلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

كتابُ الشّركة

(الشّركةُ جَائِزَةٌ) «لأنّهُ ﷺ بُعِثَ وَالنّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فَقَرَّرَهُم عَليهِ»

الشرح:

(كِتَابُ الشَّرِكَةِ): مُنَاسَبَةُ تَرْتِيبِ الأَبْوَابِ المَارَّةِ انْسَاقَتْ إِلى هَاهُنَا عَلى الوُجُوهِ المَذْكُورَةِ. وَلمَّا كَانَ للشَّرِكَةِ مُنَاسَبَةٌ خَاصَّةٌ بِالمَفْقُودِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ نَصِيبَ المَفْقُودِ مِنْ مَالِ مُوَرِّثِهِ مُخْتَلطٌ بِنَصِيبِ غَيْرِهِ كَاخْتِلاطِ المَالَيْنِ فِي الشَّرِكَةِ ذَكَرَهَا عَقِيبَهُ وَهِيَ عِبَارَةٌ عَنْ اخْتِلاطِ نَصِيبَيْنِ فَصَاعِدًا بِحَيْثُ لا يُعْرَفُ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ مِنْ الآخَرِ ثُمَّ سُمِّيَ العَقْدُ الخَاصُّ بِهَا وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ اخْتِلاطُ النَّصِيبَيْنِ لأَنَّ العَقْدَ سَبَبٌ لهُ، **وَالشَّرِكَةُ جَائِزَةٌ** لأَنَّ النَّبِيَّ عَليْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بُعِثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فَقَرَّرَهُمْ عَليْهِ وَتَعَامَلهَا النَّاسُ مِنْ لدُنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ إِلى يَوْمِنَا هَذَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مُنْكِرٍ.

قَال (الشّركةُ ضَربَانِ: شِركةُ أَملاكٍ، وَشِركةُ عُقُودٍ. فَشِركةُ الأَملاكِ: العَينُ يَرِثُهَا رَجُلانِ أَو يَشتَرِيَانِهَا فَلا يَجُوزُ لأَحَدِهِمَا أَن يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ إِلا بِإِذنِهِ، وَكُلٌّ مِنهُمَا فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ كَالأَجنَبِيِّ) وَهَذِهِ الشّركةُ تَتَحَقَّقُ فِي غَيرِ المَذكُورِ فِي الكِتَابِ كَمَا إِذَا اتَّهَبَ رَجُلانِ عَينًا أَو مَلَكَاهَا بِالاستِيلاءِ أَو اختَلطَ مَالُهُمَا مِن غَيرِ صُنعِ أَحَدِهِمَا أَو بِخَلطِهِمَا خَلطًا يَمنَعُ التَّميِيزَ رَأسًا أَو إِلا بِحَرَجٍ، وَيَجُوزُ بَيعُ أَحَدِهِمَا نَصِيبَهُ مِن شَرِيكِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ وَمِن غَيرِ شَرِيكِهِ بِغَيرِ إِذنِهِ إِلا فِي صُورَةِ الخَلطِ وَالاختِلاطِ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ إِلا بِإِذنِهِ، وَقَد بَيَّنَّا الفَرقَ فِي كِفَايَةِ المُنتَهَى.

الشرح:

وَهِيَ عَلى ضَرْبَيْنِ: **شَرِكَةُ أَمْلاك**، وَشَرِكَةُ عُقُودٍ، وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (خَلطًا يَمْنَعُ التَّمْيِيزَ رَأْسًا) كَخَلطِ الحِنْطَةِ بِالحِنْطَةِ، أَوْ إلا بِحَرَجٍ كَخَلطِهَا بِالشَّعِيرِ. وَقَوْلُهُ (فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ) يَعْنِي البَيْعَ (مِنْ الأَجْنَبِيِّ) إلا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّا الفَرْقَ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى) قِيلَ الفَرْقُ أَنَّ خَلطَ الجِنْسِ بِالجِنْسِ عَلى سَبِيلِ التَّعَدِّي سَبَبٌ لِزَوَالِ المِلكِ عَنْ المَخْلُوطِ إلى الخَالِطِ، فَإِذَا حَصَلَ بِغَيْرِ تَعَدٍّ كَانَ سَبَبُ الزَّوَالِ ثَابِتًا مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، فَاعْتُبِرَ نَصِيبُ كُلِ وَاحِدٍ زَائِلا إلى الشَّرِيكِ فِي حَقِّ البَيْعِ مِنْ الأَجْنَبِيِّ غَيْرَ زَائِلٍ فِي حَقِّ البَيْعِ مِنْ الشَّرِيكِ كَأَنَّهُ يَبِيعُ مِلكَ نَفْسِهِ عَمَلا بِالشَّبَهَيْنِ.

(وَالضَّرْبُ الثَّانِي: شِرِكَةُ العُقُودِ، وَرُكنُهَا الإِيجَابُ وَالقَبُولُ، وَهُوَ أَن يَقُولَ أَحَدُهُمَا شَارَكتُك فِي كَذَا وَكَذَا وَيَقُولُ الآخَرُ قَبِلت) وَشَرطُهُ أَن يَكُونَ التَّصَرُّفُ المَعقُودُ عَلَيهِ عَقدَ الشَّرِكَةِ قَابِلا لِلوَكَالَةِ لِيَكُونَ مَا يُستَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشتَرَكًا بَينَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكمُهُ المَطلُوبُ مِنهُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (قَابِلا لِلوَكَالَةِ) احْتِرَازٌ عَنْ الشَّرِكَةِ فِي التَّكَدِّي وَالاحْتِشَاشِ وَالاحْتِطَابِ وَالاصْطِيَادِ، فَإِنَّ المِلكَ فِي هَذِهِ الصُّوَرِ يَقَعُ لِمَنْ بَاشَرَ سَبَبَهُ خَاصًّا لا عَلى وَجْهِ الاشْتِرَاكِ: أَيْ **شَرِكَةُ العُقُودِ كُلُّهَا مُتَضَمِّنَةٌ لِعَقْدِ الوَكَالَةِ**، ثُمَّ شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ مِنْ بَيْنِهَا مَخْصُوصَةٌ بِتَضَمُّنِ عَقْدِ الكَفَالَةِ. ثُمَّ عُلِل تَضَمُّنُ هَذِهِ العُقُودِ الكَفَالَةَ بِقَوْلِهِ (لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ المَطْلُوبُ مِنْهُ) أَيْ مِنْ عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَشَرْحُ هَذَا أَنَّ هَذِهِ العُقُودَ إِنَّمَا تَضَمَّنَتْ الوَكَالَةَ لأَنَّ مِنْ حُكْمِ الشَّرِكَةِ ثُبُوتَ الاشْتِرَاكِ فِي المُسْتَفَادِ بِالتِّجَارَةِ، وَلا يَصِيرُ المُسْتَفَادُ بِالتِّجَارَةِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا إلا أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلا عَنْ صَاحِبِهِ فِي النِّصْفِ وَفِي النِّصْفِ عَامِلا لِنَفْسِهِ حَتَّى يَصِيرَ المُسْتَفَادُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلا عَنْ صَاحِبِهِ بِمُقْتَضَى عَقْدِ الشَّرِكَةِ.

(ثُمَّ هِيَ أَربَعَةُ أَوجُهٍ: مُفَاوَضَةٌ، وَعِنَانٌ، وَشِرِكَةُ الصَّنَائِعِ، وَشِرِكَةُ الوُجُوهِ. فَأَمَّا شِرِكَةُ المُفَاوَضَةِ فَهِيَ أَن يَشتَرِكَ الرَّجُلانِ فَيَتَسَاوَيَانِ فِي مَالِهِمَا وَتَصَرُّفِهِمَا وَدَينِهِمَا)

لأنَّهَا شِركَةٌ عَامَّةٌ فِي جَمِيعِ التِّجَارَاتِ يُفَوِّضُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَمرَ الشَّركَةِ إلى صَاحِبِهِ عَلى الإِطلاقِ إذ هِيَ مِن المُسَاوَاةِ، قَال قَائِلُهُم:

لا يُصلحُ النَّاسَ فَوضَى لا سُرَاةَ لهُم … وَلا سُـرَاةَ إذَا جُهَّـالُهُم سَـادُوا

أَي مُتَسَاوِيِينَ. فَلا بُدَّ مِن تَحقِيقِ المُسَاوَاةِ ابتِدَاءً وَانتِهَاءً وَذَلكَ فِي المَال، وَالمُرَادُ بِهِ مَا تَصِحُّ الشَّركَةُ فِيهِ، وَلا يُعتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لا يَصِحُّ الشَّركَةُ فِيهِ، وَكَذَا فِي التَّصَرُّفِ، لأَنَّهُ لو مَلَكَ أَحَدُهُمَا تَصَرُّفًا لا يَملكُ الآخَرُ لفَاتَ التَّسَاوِي، وَكَذَلكَ فِي الدَّينِ لمَا نُبَيِّنُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى، وَهَذِهِ الشَّركَةُ جَائِزَةٌ عِندَنَا استِحسَانًا. وَفِي القِيَاسِ لا تَجُوزُ، وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ. وَقَال مَالكٌ: لا أَعرِفُ مَا المُفَاوَضَةُ. وَجهُ القِيَاسِ أَنَّهَا تَضَمَّنَت الوَكَالةَ بِمَجهُول الجِنسِ وَالكَفَالةُ بِمَجهُولٍ، وَكُلُّ ذَلكَ بِانفِرَادِهِ فَاسِدٌ.

وَجهُ الاستِحسَانِ قَولُهُ ﷺ «فَاوِضُوا فَإِنَّهُ أَعظَمُ للبَرَكَةِ»[1] وَكَذَا النَّاسُ يُعَامِلُونَهَا مِن غَيرِ نَكِيرٍ وَبِهِ يُترَكُ القِيَاسُ وَالجَهَالةُ مُتَحَمَّلةٌ تَبَعًا كَمَا فِي المُضَارَبَةِ وَلا تَنعَقِدُ إلا بِلفظَةِ المُفَاوَضَةُ لبُعدِ شَرَائِطِهَا عَن عِلمِ العَوَامِّ، حَتَّى لو بَيَّنَّا جَمِيعَ مَا تَقتَضِيهِ تَجُوزُ لأَنَّ المُعتَبَرَ هُوَ المَعنَى.

قَال (فَتَجُوزُ بَينَ الحُرَّينِ الكَبِيرَينِ مُسلمَينِ أَو ذِمِّيَّينِ لتَحَقُّقِ التَّسَاوِي، وَإِن كَانَ أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالآخَرُ مَجُوسِيًّا تَجُوزُ أَيضًا) لمَا قُلنَا (وَلا تَجُوزُ بَينَ الحُرِّ وَالمَملُوكِ وَلا بَينَ الصَّبِيِّ وَالبَالغِ) لانعِدَامِ المُسَاوَاةِ، لأَنَّ الحُرَّ البَالغَ يَملكُ التَّصَرُّفَ وَالكَفَالةَ، وَالمَملُوكُ لا يَملكُ وَاحِدًا مِنهُمَا إلا بِإِذنِ المَولى، وَالصَّبِيُّ لا يَملكُ الكَفَالةَ وَلا يَملكُ التَّصَرُّفَ إلا بِإِذنِ الوَليِّ. قَال (وَلا بَينَ المُسلمِ وَالكَافِرِ) وَهَذَا قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ للتَّسَاوِي بَينَهُمَا فِي الوَكَالةِ وَالكَفَالةِ، وَلا مُعتَبَرَ بِزِيَادَةِ تَصَرُّفٍ يَملكُهُ أَحَدُهُمَا كَالمُفَاوَضَةِ بَينَ الشَّفعَوِيِّ وَالحَنَفِيِّ فَإِنَّهَا جَائِزَةٌ. وَيَتَفَاوَتَانِ فِي التَّصَرُّفِ فِي مَترُوكِ التَّسمِيَةِ، إلا أَنَّهُ يُكرَهُ لأَنَّ الذِّمِّيَّ لا يَهتَدِي إلى الجَائِزِ مِن العُقُودِ. وَلهُمَا أَنَّهُ لا تَسَاوِي فِي التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ الذِّمِّيَّ لو اشتَرَى بِرَأسِ المَال خُمُورًا أَو خَنَازِيرَ صَحَّ، وَلو اشتَرَاهَا مُسلمٌ لا يَصِحُّ.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٧٢٢): غريب.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ هِيَ أَرْبَعَةُ أَوْجُه) ذُكِرَ فِي وَجْه الحَصْرِ عَلى ذَلكَ أَنَّ الشَّرِيكَيْنِ إمَّا أَنْ يَذْكُرَا المَالَ فِي العَقْد أَوْ لا. فَإنْ ذَكَرَا، فَإمَّا أَنْ يَلزَمَ اشْترَاطُ المُسَاوَاة فِي ذَلكَ المَال فِي رَأْسِه وَرِبْحه أَوْ لا. فَإنْ لزمَ فَهِيَ المُفَاوَضَةُ وَإلا فَالعنَانُ، وَإنْ لَمْ يَذْكُرَاهُ فَإمَّا أَنْ يُشْتَرَطَ العَمَلُ فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي مَال الغَيْرِ أَوْ لا، فَالأَوَّلُ الصَّنَائعُ وَالثَّاني الوُجُوهُ. وَمَعْنَى البَيْت: لا يَصْلُحُ أُمُورُ النَّاسِ حَال كَوْنِهِمْ مُتَسَاوِينَ إذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ أُمَرَاءُ وَسَادَاتٌ، فَإنَّهُمْ إذَا كَانُوا مُتَسَاوِينَ تَتَحَقَّقُ المُنَازَعَةُ بَيْنَهُمْ، وَالسُّرَاةُ جَمْعُ السَّرِيِّ وَهُوَ جَمْعٌ عَزِيزٌ لا يُعْرَفُ غَيْرُهُ. وَقِيل هُوَ اسْمُ جَمْعٍ للسَّرِيِّ. وَقَوْلُهُ (فَلا بُدَّ مِنْ تَحَقُّق المُسَاوَاة ابْتدَاءً وَانْتهَاءً) أَمَّا ابْتدَاءً فَظَاهرٌ بنَاءً عَلى مَا ذُكِرَ مِنْ مَأْخَذ اشْتقَاقه، وَأَمَّا انْتهَاءً فَلأَنَّ المُفَاوَضَةَ مِنْ العُقُود الجَائزَة، فَإنَّ لكُل وَاحد منْهُمَا ولايَةَ الامْتنَاع بَعْدَ عَقْد الشَّرِكَة فَكَانَ لدَوَامهَا حُكْمُ الابْتدَاء، وَفِي ابْتدَاء المُفَاوَضَة تُشْتَرَطُ المُسَاوَاةُ فَكَذَا فِي الانْتهَاء وَقَوْلُهُ وَذَلكَ) أَيْ تَحَقُّقُ المُسَاوَاة فِي المَال، وَالمُرَادُ به مَا تَصحُّ الشَّرِكَةُ فيه، وَلا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لا تَصحُّ فيه الشَّرِكَةُ كَالعُرُوضِ وَالدُّيُون وَالعَقَار، حَتَّى لوْ كَانَ لأَحَدهمَا عُرُوضٌ أَوْ دُيُونٌ عَلى النَّاسِ لا تَبْطُلُ المُفَاوَضَةُ مَا لَمْ تُقْبَضْ الدُّيُونُ.

وَقَوْلُهُ (كُلُّ ذَلكَ بانْفرَاده فَاسدٌ) أَيْ كُلٌّ منْ **الوَكَالة وَالكَفَالة فِي المَجْهُول** فَاسدٌ، حَتَّى لوْ وَكَّل رَجُلا وَقَال وَكَّلتُك بالشِّرَاء أَوْ بشرَاء الثَّوْب كَانَ فَاسدًا، وَكَذَلكَ الكَفَالةُ للمَجْهُول بالمَعْلُوم بَاطلٌ، فَالكَفَالةُ للمَجْهُول بالمَجْهُول أَوْلى بالبُطْلان. فَإنْ قيل: الوَكَالةُ العَامَّةُ جَائزَةٌ كَمَا إذَا **قَال لآخَرَ وَكَّلتُك فِي مَالي اصْنَعْ مَا شئْت** فَإنَّهُ يَجُوزُ لهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَاله. أُجيبَ بأَنَّ العُمُومَ لَيْسَ بمُرَاد هَاهُنَا، فَإنَّهُ لا تَثْبُتُ الوَكَالةُ فِي حَقِّ شرَاء الطَّعَام وَالكسْوَة لأَهْله، فَإذَا لَمْ يَكُنْ عَامًّا كَانَ تَوْكيلا بمَجْهُول الجنْسِ فَلا يَجُوزُ (قَوْلُهُ وَالجَهَالةُ مُتَحَمَّلةٌ تَبَعًا كَمَا فِي المُضَارَبَة) يَعْني: الوَكَالةُ بمَجْهُول الجنْسِ مَوْجُودَةٌ فِي المُضَارَبَة وَهِيَ جَائزَةٌ هُنَاكَ تَبَعًا فَكَذَلكَ هَاهُنَا، أَلا تَرَى أَنَّ شَرِكَةَ العنَان تَصحُّ وَإنْ تَضَمَّنَتْ ذَلكَ لأَنَّ مَا يَشْتَريه كُلُّ وَاحد منْهُمَا غَيْرُ مُسَمًّى عنْدَ العَقْد فَكَذَلكَ المُفَاوَضَةُ.

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ المُعْتَبَرَ هُوَ المَعْنَى دُونَ اللفْظ) يُوَضِّحُهُ أَنَّ الكَفَالةَ بشَرْط بَرَاءَة الأَصيل حَوَالةٌ، وَالحَوَالةُ بشَرْط ضَمَان الأَصيل كَفَالةٌ. وَقَوْلُهُ (لمَا قُلنَا) إشَارَةٌ إلى قَوْله لتَحَقُّق

التَّسَاوِي: أَيْ فِي كَوْنِهِمَا ذِمِّيَّيْنِ. وَقَوْلُهُ (وَلا تَجُوزُ) أَيْ **الْمُفَاوَضَةُ بَيْنَ الحُرِّ وَبَيْنَ الْمَمْلُوكِ** ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ عَلَى قَوْلِهِ وَلَهُمَا أَنَّهُ لا تَسَاوِيَ فِي التَّصَرُّفِ بِأَنَّ الْمُفَاوَضَةَ تَصِحُّ بَيْنَ الكِتَابِيِّ وَالمَجُوسِيِّ مَعَ أَنَّهُمَا لا يَتَسَاوَيَانِ فِي التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ المَجُوسِيَّ يَتَصَرَّفُ فِي المَوْقُوذَةِ لاعْتِقَادِهِ المَالِيَّةَ فِيهَا، وَالكِتَابِيُّ لا يَتَصَرَّفُ فِيهَا، وَكَذَلِكَ الكِتَابِيُّ يُؤَاجِرُ نَفْسَهُ لِلذَّبْحِ دُونَ المَجُوسِيِّ لأَنَّ ذَبِيحَتَهُ لا تَحِلُّ، وَكَذَلِكَ تَصِحُّ بَيْنَ الحَنَفِيِّ وَالشَّافِعِيِّ مَعَ وُجُودِ التَّفَاوُتِ بَيْنَهُمَا كَمَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ المُسَاوَاةِ مُبْطِلٌ لِلعَقْدِ لا مَحَالَةَ، وَالتَّفَاوُتُ فِي المَوْقُوذَةِ لَمْ يُعْتَبَرْ لأَنَّ مَنْ جَعَلَ المَوْقُوذَةَ مَالا مُتَقَوِّمًا لا يُفْصَلُ فِيهِ بَيْنَ الكِتَابِيِّ وَالمَجُوسِيِّ فَتَتَحَقَّقُ المُسَاوَاةُ، وَأَمَّا مُؤَاجَرَةُ نَفْسِهِ لِلذَّبْحِ فَإِنَّ المُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا ثَابِتَةٌ فِي ذَلِكَ مَعْنًى لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْ الكِتَابِيِّ وَالمَجُوسِيِّ مِنْ أَهْلِ أَنْ يَتَقَبَّلَ ذَلِكَ العَمَلَ عَلَى أَنْ يُقِيمَهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِنَائِبِهِ، وَإِجَارَةُ المَجُوسِيِّ لِلذَّبْحِ صَحِيحَةٌ يَسْتَوْجِبُ بِهَا الأَجْرَ وَإِنْ كَانَ لا تَحِلُّ ذَبِيحَتُهُ. وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الحَنَفِيِّ وَالشَّافِعِيِّ فَإِنَّ المُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا ثَابِتَةٌ، لأَنَّ الدَّلالَةَ قَامَتْ عَلَى أَنَّ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ، وَلا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ لِلحَنَفِيِّ وَالشَّافِعِيِّ جَمِيعًا لِثُبُوتِ وِلايَةِ الإِلزَامِ بِالمُحَاجَّةِ فَتَتَحَقَّقُ المُسَاوَاةُ بَيْنَهُمَا فِي المَالِ وَالتَّصَرُّفِ.

(وَلا يَجُوزُ بَيْنَ العَبْدَيْنِ وَلا بَيْنَ الصَّبِيَّيْنِ وَلا بَيْنَ المُكَاتَبَيْنِ) لانعِدَامِ صِحَّةِ الكَفَالَةِ، وَفِي كُل مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ المُفَاوَضَةُ لِفَقْدِ شَرْطِهَا، وَلا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِي العِنَانِ كَانَ عِنَانًا لاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ العِنَانِ، إِذْ هُوَ قَدْ يَكُونُ خَاصًّا وَقَدْ يَكُون عَامًّا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا بَيْنَ الصَّبِيَّيْنِ) يَعْنِي وَإِنْ أَذِنَ لَهُمَا أَبُوهُمَا لأَنَّ مَبْنَى المُفَاوَضَةِ عَلَى الكَفَالَةِ وَهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ المُكَاتَبَانِ. وَقَوْلُهُ (إِذْ هُوَ) أَيْ العِنَانُ قَدْ يَكُونُ خَاصًّا وَقَدْ يَكُونُ عَامًّا: يَعْنِي قَدْ يَكُونُ عَامًّا فِي أَنْوَاعِ التِّجَارَةِ وَقَدْ يَكُونُ فِي نَوْعٍ خَاصٍّ مِنْهَا، وَالمُفَاوَضَةُ عَامَّةٌ فِيهَا فَجَازَ أَنْ يَذْكُرَ لَفْظَ المُفَاوَضَةِ وَيُرَادَ مَعْنَى العِنَانِ، كَمَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ مَعْنَى الخُصُوصِ بِلَفْظِ العُمُومِ.

قَالَ (وَتَنعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ وَالكَفَالَةِ) أَمَّا الوَكَالَةُ فَلِتَحَقُّقِ المَقصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي المَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا الكَفَالَةُ: فَلِتَحَقُّقِ المُسَاوَاةِ فِيمَا هُوَ مِن مُوَاجِبِ التِّجَارَاتِ وَهُوَ تَوَجُّهُ

المُطَالبَةِ نَحوَهُمَا جَمِيعًا. قَال (وَمَا يَشتَرِيه كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا يَكُونُ عَلى الشّرِكَةِ إلا طَعَامَ أَهلهِ وَكِسوَتَهُم) وَكَذَا كِسوَتُهُ، وَكَذَا الإِدَامُ لأَنَّ مُقتَضَى العَقدِ المُسَاوَاةُ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا قَائِمٌ مَقَامَ صَاحِبِهِ فِي التَّصَرُّفِ، وَكَانَ شِرَاءُ أَحَدِهِمَا كَشِرَائِهِمَا، إلا مَا استَثنَاهُ فِي الكِتَابِ، وَهُوَ استِحسَانٌ لأَنَّهُ مُستَثنَى عَن المُفَاوَضَةِ للضَّرُورَةِ، فَإِنَّ الحَاجَةَ الرَّاتِبَةَ مَعلُومَةُ الوُقُوعِ، وَلا يُمكِنُ إيجَابُهُ عَلى صَاحِبِهِ وَلا التَّصَرُّفُ مِن مَالِهِ، وَلا بُدَّ مِن الشِّرَاءِ فَيَختَصُّ بِهِ ضَرُورَةً. وَالقِيَاسُ أَن يَكُونَ عَلى الشّرِكَةِ لِمَا بَيَّنَّا (وَللبَائِعِ أَن يَأخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهمَا شَاءَ) المُشتَرِي بِالأَصَالةِ وَصَاحِبُهُ بِالكَفَالةِ، وَيَرجِعُ الكَفِيلُ عَلى المُشتَرِي بِحِصَّتِهِ مِمَّا أَدَّى لأَنَّهُ قَضَى دَينًا عَليهِ مِن مَالٍ مُشتَرَكٍ بَينَهُمَا. قَال (وَمَا يَلزَمُ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا مِن الدُّيُونِ بَدَلا عَمَّا يَصِحُّ فِيهِ الاشتِرَاكُ فَالآخَرُ ضَامِنٌ لهُ) تَحقِيقًا للمُسَاوَاةِ، فَمِمَّا يَصِحُّ الاشتِرَاكُ فِيهِ الشِّرَاءُ وَالبَيعُ وَالاستِئجَارُ، وَمِن القِسمِ الآخَرِ الجِنَايَةُ وَالنِّكَاحُ وَالخُلعُ وَالصُّلحُ عَن دَمِ العَمدِ وَعَن النَّفَقَةِ.

قَال (وَلو كَفَل أَحَدُهُمَا بِمَالٍ عَن أَجنَبِيٍّ لزِمَ صَاحِبَهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لا يَلزَمُهُ) لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، وَلهَذَا لا يَصِحُّ مِن الصَّبِيِّ وَالعَبدِ المَأذُونِ وَالمُكَاتَبِ، وَلو صَدَرَ مِن المَرِيضِ يَصِحُّ مِن الثُّلُثِ وَصَارَ كَالإِقرَاضِ وَالكَفَالةِ بِالنَّفسِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابتِدَاءً وَمُعَاوَضَةٌ بَقَاءً لأَنَّهُ يَستَوجِبُ الضَّمَانَ بِمَا يُؤَدِّي عَلى المَكفُول عَنهُ إذَا كَانَت الكَفَالةُ بِأَمرِهِ، فَبِالنَّظَرِ إلى البَقَاءِ تَتَضَمَّنُهُ المُفَاوَضَةُ، وَبِالنَّظَرِ إلى الابتِدَاءِ لم تَصِحَّ مِمَّن ذَكَرَهُ وَتَصِحُّ مِن الثُّلُثِ مِن المَرِيضِ، بِخِلافِ الكَفَالةِ بِالنَّفسِ لأَنَّهَا تَبَرُّعٌ ابتِدَاءً وَانتِهَاءً. وَأَمَّا الإِقرَاضُ فَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَلزَمُ صَاحِبَهُ، وَلو سَلمَ فَهُوَ إعَارَةٌ فَيَكُونُ لِمِثلهَا حُكمُ عَينِهَا لا حُكمُ البَدَل حَتَّى لا يَصِحَّ فِيهِ الأَجَلُ فَلا يَتَحَقَّقُ مُعَاوَضَةً، وَلو كَانَت الكَفَالةُ بِغَيرِ أَمرِهِ لم تَلزَم صَاحِبَهُ فِي الصَّحِيحِ لانعِدَامِ مَعنَى المُفَاوَضَةِ.

وَمُطلقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ مَحمُولٌ عَلى المُقَيَّدِ، وَضَمَانُ الغَصبِ وَالاستِهلاكُ بِمَنزِلةِ الكَفَالةِ عِند أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ انتِهَاءً. قَال (وَإِن وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَا لا يَصِحُّ فِيهِ الشّرِكَةُ أَو وَهَبَ لهُ وَوَصَل إلى يَدِهِ بَطَلت المُفَاوَضَةُ وَصَارَت عِنَانًا) لفَوَاتِ المُسَاوَاةِ فِيمَا يَصلُحُ رَأسَ المَال إذ هِيَ شَرطٌ فِيهِ ابتِدَاءً وَبَقَاءً، وَهَذَا لأَنَّ الآخَرَ لا يُشَارِكُهُ فِيمَا أَصَابَهُ لانعِدَامِ السَّبَبِ فِي حَقِّهِ، إلا أَنَّهَا تَنقَلبُ عِنَانًا للإِمكَانِ، فَإِنَّ المُسَاوَاةَ ليسَت بِشَرطٍ

فِيهِ، وَلِدَوَامِهِ حُكمَ الابتِدَاءِ لِكَونِهِ غيرَ لازِمٍ (وَإِن وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا فَهُوَ لهُ وَلا تَفسُدُ المُفَاوَضَةُ) وَكَذَا العَقَارُ لأَنَّهُ لا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ فَلا تُشتَرَطُ المُسَاوَاةُ فِيهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَتَنْعَقِدُ عَلى الوَكَالةِ وَالكَفَالةِ) أَيْ **تَنْعَقِدُ شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ عَلى الوَكَالةِ** كَعَامَّةِ الشَّرِكَاتِ لِيَتَحَقَّقَ المَقْصُودُ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي المَالِ عَلى مَا بَيَّنَّا: يَعْنِي قَوْلَهُ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا، وَعَلى الكَفَالةِ هُوَ عَلى مَعْنَى أَنْ يُطَالبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ شَرِيكَيْ المُفَاوَضَةِ بِمَا بَاشَرَهُ الآخَرُ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: لِتَتَحَقَّقَ المُسَاوَاةُ فِيمَا هُوَ مِنْ مُوجَبَاتِ التِّجَارَةِ وَهُوَ تَوَجُّهُ المُطَالبَةِ نَحْوَهُمَا جَمِيعًا. وَقَوْلُهُ (لأَنَّ مُقْتَضَى العَقْدِ تَعْلِيلُ المُسْتَثْنَى مِنْهُ) وَهُوَ قَوْلُهُ قَدْ يَكُونُ عَلى الشَّرِكَةِ.

وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّا) إِشَارَةٌ إِلى هَذَا التَّعْلِيلِ. وَقَوْلُهُ (وَلِلبَائِعِ) أَيْ لِبَائِعِ الطَّعَامِ وَالكِسْوَةِ (قَوْلُهُ فَمِمَّا يَصِحُّ الاشْتِرَاكُ فِيهِ البَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالاسْتِئْجَارُ) أَمَّا صُورَةُ البَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا صُورَةُ الاسْتِئْجَارِ فَهُوَ أَنْ **يَسْتَأْجِرَ أَحَدُ المُتَفَاوِضَيْنِ أَجِيرًا فِي تِجَارَتِهِمَا أَوْ دَابَّةً أَوْ شَيْئًا مِنَ الأَشْيَاءِ لِلمُؤَجِّرِ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ** لأَنَّ الإِجَارَةَ مِنْ عُقُودِ التِّجَارَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ بِمَا يَلزَمُهُ بِالتِّجَارَةِ، وَكَذَلِكَ إِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِحَاجَةِ نَفْسِهِ أَوْ اسْتَأْجَرَ إِبِلا إِلى مَكَّةَ يَحُجُّ عَلَيْهَا فَلِلمُكَارِي أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ، إِلا أَنَّ شَرِيكَهُ إِذَا أَدَّى مِنْ خَالِصِ مَالِهِ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ لأَنَّهُ أَدَّى مَا كَفَلَ عَنْهُ بِأَمْرِهِ، وَإِنْ أَدَّى مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنَصِيبٍ مِنْ المُؤَدَّى، وَأَمَّا فِي شَرِكَةِ العِنَانِ فَلا يُؤَاخَذُ بِهِ غَيْرُ الذِي اسْتَأْجَرَهُ لأَنَّهُ هُوَ المُلتَزِمُ بِالعَقْدِ وَصَاحِبُهُ لَيْسَ بِكَفِيلٍ عَنْهُ.

وَمِنْ القِسْمِ الآخَرِ الجِنَايَةُ عَلى بَنِي آدَمَ وَالنِّكَاحُ وَالخُلعُ وَالصُّلحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ وَعَنْ النَّفَقَةِ، فَلَوْ **ادَّعَى رَجُلٌ عَلى أَحَدِ المُتَفَاوِضَيْنِ جِرَاحَةً خَطَأً لَهَا أَرْشٌ مُقَدَّرٌ وَاسْتَحْلَفَهُ فَحَلَفَ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَسْتَحْلِفَ شَرِيكَهُ** لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَلا خُصُومَةَ لَهُ مَعَ شَرِيكِهِ لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فِيمَا لزِمَهُ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، فَأَمَّا مَا يَلزَمُهُ بِسَبَبِ الجِنَايَةِ فَلا يَكُونُ الآخَرُ كَفِيلا بِهِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ أَوْ بِمُعَايَنَةِ السَّبَبِ لَمْ يَكُنْ عَلى الشَّرِيكِ مِنْ مُوجَبِهَا شَيْءٌ وَلا خُصُومَةَ لِلمَجْنِيِّ عَلَيْهِ مَعَهُ، وَكَذَا المَهْرُ وَالخُلعُ وَالصُّلحُ عَنْ جِنَايَةِ العَمْدِ وَالنَّفَقَةِ إِذَا ادَّعَاهُ عَلى أَحَدِهِمَا وَحَلَفَهُ عَلَيْهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ

يُحَلفَ الآخَرَ لَمَا بَيَّنَّا وَصُورَةُ الخُلعِ مَا إذَا كَانَتْ المَرْأَةُ عَقَدَتْ عَقْدَ المُفَاوَضَة ثُمَّ خَالعَتْ مَعَ زَوْجهَا فَمَا لزمَ عَلَيْهَا منْ بَدَل الخُلعِ لا يَلزَمُ شَرِيكَهَا، وَكَذَا لوْ أَقَرَّتْ بِبَدَل الخُلع لا يَلزَمُ عَلَى شَرِيكهَا، وَمنْ هَذَا يَتَبَيَّنُ صُورَةُ غَيْرِه قَوْلُهُ وَلوْ كَفَل أَحَدُهُمَا) ظَاهِرٌ (قَوْلُهُ وَلوْ صَدَرَ) يَعْنِي عَقْدُ الكَفَالة، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِحَال المَرَضِ لأَنَّ المَرِيضَ لوْ أَقَرَّ بِالكَفَالة السَّابِقَة فِي حَال الصِّحَّة يُعْتَبَرُ ذَلكَ منْ جَمِيعِ المَال بِالإجْمَاعِ لأَنَّ الإقْرَارَ بِهَا يُلاقِي حَال بَقَائِهَا، وَفِي حَال البَقَاءِ الكَفَالةُ مُعَاوَضَةٌ.

(قَوْلُهُ فَبِالنَّظَرِ إلى البَقَاءِ تَتَضَمَّنُهُ المُفَاوَضَةُ) يَعْنِي وَحَاجَتُنَا هَاهُنَا إلى البَقَاءِ إذْ المُطَالبَةُ تَتَوَجَّهُ بَعْدَ الكَفَالة لأَنَّهَا حُكْمُهَا فَلمَّا لزِمَ المَالُ عَلى الشَّرِيكِ الضَّامِنِ لزِمَ عَلى الآخَرِ وَهَذَا هُوَ حَالةُ البَقَاءِ، بخلاف الصَّبِيِّ وَغَيْرِهِ لأَنَّ كَلامَنَا ثَمَّةَ فِي الابْتِدَاءِ بِأَنَّهُ هَل يَلزَمُهُ أَوْ لا، فَاعْتَبَرْنَا جِهَةَ التَّبَرُّعِ فِيه وَلمْ نَعْتَبِرْ هُنَا لأَنَّ الابْتِدَاءَ ثَمَّةَ مُحْتَاجٌ إليْه، وَلا كَذَلكَ هُنَا لصِحَّة الابْتِدَاءِ لكَوْن الضَّامِنِ منْ أَهْل الضَّمَان دُونَ الصَّبِيِّ (قَوْلُهُ لمْ يَصِحَّ مِمَّنْ ذَكَرَهُ يُرِيدُ بِهِ الصَّبِيَّ وَالمَجْنُونَ إلخ) وَأَمَّا الإقْرَاضُ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: يَعْنِي أَنَّ فِيه رِوَايَتَيْن.

قَال فِي المَبْسُوطِ: إنْ أَقْرَضَ أَحَدُ المُتَفَاوِضَيْنِ يَلزَمُ شَرِيكَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ وَعِنْدَهُمَا لا يَلزَمُ شَرِيكَهُ لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ (قَوْلُهُ وَلئِنْ سَلمَ فَهُوَ إعَارَةٌ) أَيْ وَلئِنْ سَلمْنَا أَنَّ إقْرَاضَ أَحَدِ المُتَفَاوِضَيْنِ لا يَلزَمُ صَاحِبَهُ فَإِنَّمَا لا يَلزَمُ لأَنَّ الإقْرَاضَ إعَارَةٌ لا مُعَاوَضَةٌ بِدَليل جَوَازِه، إذْ لوْ كَانَ مُعَاوَضَةً لكَانَ فِيه بَيْعُ النَّقْد بِالنَّسِيئَة فِي الأَمْوَال الرِّبَوِيَّة، فَعُلمَ بِهَذَا أَنَّ مَا يَأْخُذُهُ المُقْرِضُ بَعْدَ الإقْرَاضِ حُكْمُ عَيْنِ مَا أَقْرَضَهُ لا حُكْمُ بَدَله كَمَا فِي الإعَارَة الحَقِيقِيَّة (قَوْلُهُ حَتَّى لا يَصِحَّ فِيه الأَجَلُ) أَيْ لا يَلزَمُ لأَنَّ تَأْجِيل الإقْرَاضِ وَالعَارِيَّة جَائِزٌ، لكنْ لا يَلزَمُ المُضِيُّ عَلى ذَلكَ التَّأْجِيل (قَوْلُهُ وَلوْ كَانَتْ الكَفَالةُ بِغَيْرِ أَمْرِه) مُتَّصِلٌ بِقَوْله إذَا كَانَتْ الكَفَالةُ بِأَمْرِه.

(قَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ) إشَارَةٌ إلى نَفْيِ مَا ذَهَبَ إليْه عَامَّةُ المَشَايِخِ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ منْ عَدَمِ التَّفْرِقَة بَيْنَ مَا إذَا كَانَتْ بِأَمْرِه أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِه لإِطْلاق جَوَاب الجَامعِ الصَّغِيرِ وَالمُصَنِّفُ تَابَعَ مَا ذَهَبَ إليْه الفَقِيهُ أَبُو الليْث فِي شُرُوحِ الجَامعِ الصَّغِيرِ منْ التَّفْرِقَة بَيْنَهُمَا. وَأَجَابَ عَنْ إطْلاقِ جَوَابِ الكتَاب: أَيْ الجَامِعِ الصَّغِيرِ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ

عَلى المُقيَّد وَهُوَ الكَفالةُ بالأَمْرِ لأَنَّهُ حِينَئِذ تَكُونُ مُعَاوَضَةَ انْتِهَاء وَإِلا فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهاءً فَلا يَلزَمُ شَرِيكَهُ، وَضَمَانُ الغَصْبِ وَالاسْتِهْلاك بِمَنْزِلة الكَفالة عِنْدَ أَبي حَنيفةَ: يَعْنِي فِي أَنَّهُ يَلزَمُ شَرِيكَهُ. وَعِنْدَ مُحَمَّد ضَمَانُ الغَصْبِ وَالاسْتِهْلاك بِمَنْزِلة التِّجَارَة فِي أَنَّهُ يَلزَمُهُ أَيْضًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ رِوَايَة الأُصُول أَنَّهُ لا يَلزَمُ الشَّرِيكَ، وَتَلمُّحُ تَحْرِيرِ المَذَاهِبِ عَلى هَذَا الوَجْه يُظْهِرُ لك سُقُوطَ مَا اُعْتُرِضَ بِه عَلى المُصَنِّفِ فِي قَوْله بِمَنْزِلة الكَفَالة عِنْدَ أَبي حَنيفةَ بِأَنَّ مُحَمَّدًا مَعَ أَبِي حَنيفةَ فِي لُزُومِ ضَمَان الغَصْب وَالاسْتِهْلاك الشَّرِيكَ فَلا يَكُونُ لتَخْصِيصِ أَبِي حَنِيفةَ وَلا لقَوْله بِمَنْزِلة الكَفَالة وَجْهٌ. وَوَجْهُ قَوْل أَبِي يُوسُفَ أَنَّ ضَمَانَ الغَصْبِ وَالاسْتِهْلاك ضَمَانٌ وَجَبَ بِسَبَبٍ لَيْسَ هُوَ بِتجَارَة فَلا يَلزَمُ شَرِيكَهُ كَأَرْشِ الجِنَايَة. وَلَهُمَا أَنَّ ضَمَانَ الغَصْبِ وَالاسْتِهْلاك ضَمَانُ تِجَارَة لأَنَّهُ بَدَلُ مَالِ مُحْتَمَلٍ للشَّركَة فَإِنَّهُ يَجِبُ بِأَصْل السَّبَب، وَعِنْدَ ذَلكَ المَحَل قَابلٌ للملك وَلهَذَا مَلكَ المَغْصُوبَ وَالمُسْتَهْلكَ بالضَّمَان، وَكَذَلكَ يَصِحُّ إقْرَارُ المَأْذُون لَهُ وَيُؤَاخَذُ بِه فِي الحَال، وَكَذَلكَ يَصِحُّ إقْرَارُ الصَّبِيِّ وَالمَأْذُون لَهُ وَالمُكَاتَب بِه، وَلوْ لَمْ يَكُنْ ضَمَانَ تِجَارَة لَمَا صَحَّ وَذَلكَ مَعْنَى قَوْله لأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَالا) بالتَّنْوِين أَيْ المَال الذي تَصِحُّ فِيه الشَّركَةُ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالفُلُوسِ النَّافقَة بَطَلتْ المُفَاوَضَةُ لمَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب.

وَقَوْلُهُ (فَإِنَّ المُسَاوَاةَ لَيْسَتْ بِشَرْط فِيه) أَيْ فِي العِنَان ابْتِدَاءً، وَكُلُّ مَا لَيْسَ بِشَرْط ابْتِدَاءً لَيْسَ بِشَرْط فِيه دَوَامًا، لأَنَّ لدَوَامه حُكْمَ الابْتدَاء لكَوْنه عَقْدًا غَيْرَ لازِمٍ، فَإِنَّ **أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا امْتَنَعَ عَنْ المُضِيِّ عَلى مُوجَبِ العَقْد** لا يُجْبِرُهُ القَاضِي عَلى ذَلكَ، وَتَأَمَّل فِي كَلامِ المُصَنِّف رَحِمَهُ اللهُ تَأَمُّل عَالِمٍ بِالتَّحْقِيق تُدْرِكْ سُقُوطَ مَا اُعْتُرِضَ عَلَيْه بِأَنَّ عَقْدَ الإِجَارَة عَقْدٌ لازِمٌ، وَمَعَ هَذَا فَلدَوَامه حُكْمُ الابْتدَاء حَتَّى أَنَّهَا لا تَبْقَى بِمَوْت أَحَد المُتَعَاقدَيْن، فَحِينَئذ كَيْفَ يَصِحُّ التَّعْليلُ بعَدَم اللُّزُومِ لإِثْبَات مُدَّعَاهُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لدَوَامه حُكْمُ الابْتدَاء، وَذَلكَ لأَنَّا قَدْ قُلنَا: كُلُّ مَا هُوَ عَقْدٌ غَيْرُ لازِمٍ فَلدَوَامه حُكْمُ الابْتدَاء وَهُوَ ثَابتٌ بالاسْتقْرَاء وَنَضُمُّ هذه المُقَدِّمَةَ إلى قَوْلنَا مَا نَحْنُ فيه منْ الشَّركَة عَقْدٌ غَيْرُ لازِمٍ فَيَحْصُلُ لنَا مَا نَحْنُ فيه منْ الشَّركَة لدَوَامه حُكْمُ الابْتدَاء، وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ بَعْضُ العُقُود اللازمَة أَيْضًا لدَوَامِه حُكْمُ الابْتدَاء بِدَليلٍ فَلا يَضُرُّ فِي مَطْلُوبنَا لأَنَّ المُوجبَة

الكُلِّيَّةَ لا تَنْعَكِسُ كَنَفْسِهَا، وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرْضًا فَهُوَ لَهُ، وَلا تَفْسُدُ المُفَاوَضَةَ لِمَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَلأَنَّ هَذِهِ المُفَاوَضَةَ لا تَمْنَعُ ابْتِدَاءً فَكَذَا لا تَفْسُدُ بَقَاءً.

فَصلٌ

(وَلا تَنعَقِدُ الشَّرِكَةُ إلا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالفُلُوسِ النَّافِقَةِ) وَقَال مَالكٌ: تَجُوزُ بِالعُرُوضِ وَالمَكِيل وَالمَوزُونِ أَيضًا إذَا كَانَ الجِنسُ وَاحِدًا؛ لأَنَّهَا عُقِدَت عَلى رَأسِ مَالٍ مَعلُومٍ فَأَشبَهَ النُّقُودَ، بِخِلافِ المُضَارَبَةِ لأَنَّ القِيَاسَ يَأبَاهَا لِمَا فِيهَا مِن رِبحِ مَا لم يُضمَن. فَيُقتَصَرُ عَلى مَورِدِ الشَّرعِ. وَلنَا أَنَّهُ يُؤَدِّي إلى رِبحِ مَا لم يُضمَن؛ لأَنَّهُ إذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا رَأسَ مَالِهِ وَتَفَاضَلَ الثَّمَنَانِ فَمَا يَستَحِقُّهُ أَحَدُهُمَا مِن الزِّيَادَةِ فِي مَال صَاحِبِهِ رِبحُ مَا لم يَملِك وَمَا لم يَضمَن، بِخِلافِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لأَنَّ ثَمَنَ مَا يَشتَرِيهِ فِي ذِمَّتِهِ إذ هِيَ لا تَتَعَيَّنُ فَكَانَ رِبحُ مَا يَضمَنُ، وَلأَنَّ أَوَّل التَّصَرُّفِ فِي العُرُوضِ البَيعُ وَفِي النُّقُودِ الشِّرَاءُ، وَبَيعُ أَحَدِهِمَا مَالَهُ عَلى أَن يَكُونَ الآخَرُ شَرِيكًا فِي ثَمَنِهِ لا يَجُوزُ، وَشِرَاءُ أَحَدِهِمَا شَيئًا بِمَالِهِ عَلَى أَن يَكُونَ المَبِيعُ بَينَهُ وَبَينَ غَيرِهِ جَائِزٌ. وَأَمَّا الفُلُوسُ النَّافِقَةُ فَلأَنَّهَا تَرُوجُ رَوَاجَ الأَثمَانِ فَالتَحَقَت بِهَا.

قَالُوا: هَذَا قَولُ مُحَمَّدٍ لأَنَّهَا مُلحَقَةٌ بِالنُّقُودِ عِندَهُ حَتَّى لا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ، وَلا يَجُوزُ بَيعُ اثنَينِ بِوَاحِدٍ بِأَعيَانِهَا عَلى مَا عُرِفَ، أَمَّا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالى لا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالمُضَارَبَةُ بِهَا لأَنَّ ثُمَنِيَّتَهَا تَتَبَدَّلُ سَاعَةً فَسَاعَةً وَتَصِيرُ سِلعَةً. وَرُوِيَ عَن أَبِي يُوسُفَ مِثلُ قَول مُحَمَّدٍ، وَالأَوَّلُ أَقيَسُ وَأَظهَرُ، وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ صِحَّةُ المُضَارَبَةِ بِهَا.

الشرح:

(فَصلٌ): لَمَّا كَانَ البَحْثُ عَمَّا تَنْعَقِدُ بِه شَرِكَةُ المُفَاوَضَة غَيْرَ البَحْث عَنْهَا فُصل عَمَّا قَبْلَهُ فِي فَصْلٍ عَلى حدَته. وَقَال (وَلا تَنْعَقدُ الشَّرِكَةُ) أَيْ شَرِكَةُ المُفَاوَضَة لأَنَّ الكَلامَ فِيمَا إذَا ذُكِرَ فِيهَا المَالُ إلا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانير. وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلنَا إذَا ذُكرَ فيهَا المَالُ لأَنَّ ذكْرَ المَال لَيْسَ بحتْمٍ فِيهَا فَإِنَّ المُفَاوَضَةَ تَجُوزُ فِي شَرِكَة الوُجُوه وَالتَّقَبُّل وَلا يُشْتَرَطُ فِيهِمَا المَالُ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ، غَيْرَ أَنَّ فِي ذكْرِ خلاف مَالك رَحِمَهُ اللهُ نَظَرًا لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ وَقَال مَالكٌ لا أَعْرِفُ مَا المُفَاوَضَةُ إلا إذَا ثَبَتَ عَنْهُ رِوَايَتَان، أَوْ يَكُونُ

تَفْرِيعًا عَلَى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ بِهَا صَنِيعُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمُزَارَعَةِ. ثُمَّ قَوْلُهُ (لأَنَّهَا عُقِدَتْ) يَعْنِي الشَّرِكَةَ بِالعُرُوضِ وَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ يَقْتَضِي جَوَازَهَا. وَإِنْ كَانَ الجِنْسُ مُخْتَلِفًا وَلَمْ يَقُلْ بِهِ مَالِكٌ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ الْمُضَارَبَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْمُضَارَبَةَ مُخْتَصَّةٌ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى جَوَازَهَا لِمَا فِيهَا مِنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَإِنَّ المَالَ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْمُضَارِبِ، فَكَأَنَّ مَا حَصَلَ مِنْ الرِّبْحِ مَالٌ غَيْرُ مَضْمُونٍ فَلا يَسْتَحِقُّهُ رَبُّ المَالِ لأَنَّهُ لَمْ يَعْمَلْ فِي ذَلِكَ الرِّبْحِ فَلا تَصِحُّ إلا فِيمَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ وَهُوَ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ، وَأَمَّا فِي الشَّرِكَةِ فَإِنَّ كُلَ وَاحِدٍ مِنْ الشَّرِيكَيْنِ يَعْمَلُ فِي ذَلِكَ المَالِ فَيَسْتَوِي فِيهِ العُرُوض وَالنُّقُودُ كَمَا لَوْ عَمِلَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي مَالِ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ شَرِكَةٍ فَتَصِحُّ (قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ) وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إذَا **عَقَدَا الشَّرِكَةَ فِي العُرُوضِ ثُمَّ بَاعَ أَحَدُهُمَا رَأْسَ مَالِهِ بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ وَبَاعَ الآخَرُ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ** وَصَحَّتْ الشَّرِكَةُ كَانَا شَرِيكَيْنِ فِي الرِّبْحِ الذِي حَصَلَ فِي مَبِيعِ أَحَدِهِمَا فَحِينَئِذٍ يَأْخُذُ الذِي بَاعَ رَأْسَ مَالِهِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ المَالُ رِبْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَلَمْ يُمْلَكْ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ، بِخِلافِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لأَنَّ مَا يَشْتَرِي كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِرَأْسِ المَالِ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ البَيْعُ، بَل يَثْبُتُ وُجُوبُ الثَّمَنِ فِي الذِّمَّةِ إذْ الأَثْمَانُ لا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، فَلَمَّا كَانَ الثَّمَنُ وَاجِبًا عَلَيْهِمَا فِي ذِمَّتِهِمَا كَانَ الثَّمَنُ وَالرِّبْحُ الحَاصِلُ مِنْهُ بَيْنَهُمَا ضَرُورَةً فَكَانَ الرِّبْحُ رِبْحَ مَا ضُمِنَ وَمَعْنَى قَوْلِهِ (وَتَفَاضَلَ الثَّمَنَانِ) أَيْ فَضَلَ أَحَدُهُمَا عَلَى الآخَرِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَأَمَّا تَفَاضُلُهُمَا مَعًا فَمُحَالٌ

(قَوْلُهُ وَلأَنَّ أَوَّلَ التَّصَرُّفِ فِي العُرُوضِ) دَلِيلٌ آخَرُ وَقَدْ قَرَّرَهُ فِي النِّهَايَةِ عَلَى وَجْهٍ يَجُرُّهُ إلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَذَلِكَ لأَنَّهُ قَالَ لأَنَّ صِحَّةَ الشَّرِكَةِ بِاعْتِبَارِ الوَكَالَةِ، فَفِي كُلِ مَوْضِعٍ لا تَجُوزُ الوَكَالَةُ بِتِلْكَ الصِّفَةِ لا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ، وَمَعْنَى هَذَا أَنَّ الوَكِيلَ بِالبَيْعِ يَكُونُ أَمِينًا، فَإِذَا شُرِطَ لَهُ جُزْءٌ مِنْ الرِّبْحِ كَانَ هَذَا رِبْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَأَمَّا الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ فَهُوَ ضَامِنٌ بِالثَّمَنِ فِي ذِمَّتِهِ، فَإِذَا شُرِطَ لَهُ جُزْءٌ مِنْ الرِّبْحِ كَانَ رِبْحَ مَا قَدْ ضُمِنَ. وَقَوْلُهُ (قَالُوا هَذَا) أَيْ جَوَازُ **الشَّرِكَةِ بِالفُلُوسِ النَّافِقَةِ** (قَوْلُ مُحَمَّدٍ) وَقَيَّدَ (بِأَعْيَانِهَا) لِتَظْهَرَ ثَمَرَةُ الخِلافِ، فَإِنَّهُ لَوْ بَاعَ فَلْسَيْنِ بِوَاحِدٍ مِنْ الفُلُوسِ نَسِيئَةً لا يَجُوزُ بِالإِجْمَاعِ الْمُرَكَّبِ. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِوُجُودِ النَّسِيئَةِ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ، وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ

فَلِهَذَا وَلِمَعْنَى الثَّمَنِيَّةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ بِأَعْيَانِهِمَا فَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لا يَجُوزُ، وَسَيَجِيءُ تَمَامُ البَحْثِ فِيهِ فِي كِتَابِ البُيُوعِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ) يَعْنِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ (أَقْيَسُ) لأَنَّهُمَا لَمَّا اتَّفَقَا عَلَى جَوَازِ بَيْعِ فَلسٍ بِعَيْنِه بِفَلسَيْنِ بِعَيْنِهِمَا كَانَا مُتَّفِقَيْنِ أَيْضًا فِي عَدَمِ جَوَازِ الشَّرِكَةِ بِالفُلُوسِ وَإِنْ كَانَتْ نَافِقَةً لأَنَّ هَذِهِ المَسْأَلَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى تِلكَ المَسْأَلَةِ، لأَنَّهُ لَمَّا جَازَ بَيْعُ الوَاحِدِ بِالاثْنَيْنِ فِي الفُلُوسِ عِنْدَهُمَا كَانَ لِلفُلُوسِ حُكْمُ العُرُوضِ، وَالعُرُوضُ لا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ. وَرَوَى الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ تَصِحُّ **المُضَارَبَةُ بِهَا: أَيْ بِالفُلُوسِ النَّافِقَةِ.**

قَالَ (وَلا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ إِلا أَن يَتَعَامَلَ النَّاسُ بِالتِّبْرِ) وَالنُّقْرَةُ فَتَصِحُّ الشَّرِكَةُ بِهِمَا، هَكَذَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلا تَكُونُ المُفَاوَضَةُ بِمَثَاقِيلِ ذَهَبٍ أَو فِضَّةٍ) وَمُرَادُهُ التِّبْرُ، فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ التِّبْرُ سِلعَةٌ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ فَلا تَصلُحُ رَأسَ المَالِ فِي المُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الصَّرفِ أَنَّ النُّقرَةَ لا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ حَتَّى لا يَنفَسِخُ العَقدُ بِهَا بِهَلاكِهِ قَبلَ التَّسلِيمِ، فَعَلَى تِلكَ الرِّوَايَةِ تَصلُحُ رَأسَ المَالِ فِيهِمَا، وَهَذَا لَمَا عُرِفَ أَنَّهُمَا خُلِقَا ثَمَنَينِ فِي الأَصلِ، إِلا أَنَّ الأَوَّلَ أَصَحُّ؛ لأَنَّهَا وَإِن خُلِقَت لِلتِّجَارَةِ فِي الأَصلِ لَكِنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَختَصُّ بِالضَّربِ المَخصُوصِ؛ لأَنَّ عِندَ ذَلِكَ لا تُصرَفُ إِلَى شَيءٍ آخَرَ ظَاهِرًا إِلا أَن يَجرِيَ التَّعَامُلُ بِاستِعمَالِهِمَا ثَمَنًا فَنَزَلَ التَّعَامُلُ بِمَنزِلَةِ الضَّربِ فَيَكُونُ ثَمَنًا وَيَصلُحُ رَأسَ المَالِ.

الشرح:

قَالَ (وَلا تَجُوزُ بِمَا سِوَى ذَلِكَ) كَلامُهُ وَاضِحٌ، وَالمُرَادُ بِقَوْلِهِ فِي الكِتَابِ مُخْتَصَرُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ (قَوْلُهُ **تَصْلُحُ رَأْسُ المَالِ فِيهِمَا) أَيْ فِي الشَّرِكَةِ وَالمُضَارَبَةِ** (قَوْلُهُ وَهَذَا لَمَا عُرِفَ) إِشَارَةٌ إِلَى (أَنَّ النُّقْرَةَ لا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ لأَنَّهُمَا) أَيْ الذَّهَبَ وَالفِضَّةَ (قَوْلُهُ إِلا أَنَّ الأَوَّلَ) يَعْنِي رِوَايَةَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ (أَصَحُّ) وَجُعِلَ ذَلِكَ فِي المَبْسُوطِ ظَاهِرَ الرِّوَايَةِ (قَوْلُهُ لأَنَّهَا) أَيْ لأَنَّ مَثَاقِيلَ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ (قَوْلُهُ إِلا أَنْ يَجْرِيَ التَّعَامُلُ بِاسْتِعْمَالِهِمَا) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ إِلا أَنَّ الأَوَّلَ أَصَحُّ. يَعْنِي أَنَّ عَدَمَ جَوَازِ **الشَّرِكَةِ بِمَثَاقِيلِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ** أَصَحُّ، إِلا عِنْدَ جَرَيَانِ التَّعَامُلِ بِاسْتِعْمَالِهِمَا فَحِينَئِذٍ تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِهِمَا

كَذَا قِيل. وَالأَوْلى أَنْ يُجْعَل اسْتِثْنَاءً مِنْ قَوْلِه لكِنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَخْتَصُّ بِالضَّرْبِ المَخْصُوصِ بِدَلالة السِّيَاق

ثُمَّ قَولُهُ وَلا تَجُوزُ بِمَا سِوَى ذَلكَ يَتَنَاوَلُ المَكِيل وَالموزُون وَالعدَدِيَّ المُتَقَارِبَ، وَلا خِلافَ فِيهِ بَيْنَنَا قَبل الخَلطِ، وَلكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا رِبحُ مَتَاعِهِ وَعَليهِ وَضِيعَتُهُ، وَإن خَلطَا ثُمَّ اشتَرَكَا فَكَذَلكَ فِي قَول أَبِي يُوسُفَ، وَالشَّرِكَةُ شَرِكَةُ مِلكٍ لا شَرِكَةُ عَقدٍ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ تَصِحُّ شَرِكَةُ العَقدِ. وَثَمَرَةُ الاختِلافِ تَظهَرُ عِندَ التَّسَاوِي فِي المَالينِ وَاشتِرَاطِ التَّفَاضُل فِي الرِّبحِ، فَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ مَا قَالهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ بَعدَ الخَلطِ كَمَا تَعَيَّنَ قَبلهُ. وَلمُحَمَّدٍ أَنَّهَا ثَمَنٌ مِن وَجهٍ حَتَّى جَازَ البَيعُ بِهَا دَينًا فِي الذِّمَّةِ. وَمَبِيعٌ مِن حَيثُ إنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ، فَعَمِلنَا بِالشَّبَهَينِ بِالإِضَافَةِ إلى الحَالينِ، بِخِلافِ العُرُوضِ؛ لأَنَّهَا ليسَت ثَمَنًا بِحَالٍ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلا خِلافَ فِيه) أَيْ فِي عَدَمِ جَوَازِ **الشَّرِكَة بِالمَكِيل وَالمَوْزُون قَبْل الخَلط** فِيمَا بَيَّنَّا، وَإِنْ خُلِطَ ثُمَّ اشْتَرَكَا فَفِيه الخِلافُ المَذْكُورُ فِي الكِتَاب. وَثَمَرَةُ الاخْتِلاف تَظْهَرُ عِنْدَ التَّسَاوِي فِي المَالَيْنِ وَاشْتِرَاط التَّفَاضُل فِي الرِّبْحِ، فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لا يَسْتَحِقُّ زِيَادَةَ الرِّبْحِ بَل لِكُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ الرِّبْحِ بِقَدْرِ مِلكِه، وَعِنْدَ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللهُ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلى مَا شَرَطَا (فَظَاهِرُ الرِّوَايَة مَا قَالهُ أَبُو يُوسُفَ) لأَنَّهُ أَيْ المَذْكُورَ مِنْ المَكِيل وَالمَوْزُون وَالعَدَدِيِّ المُتَقَارِبِ (يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِين بَعْدَ الخَلط كَمَا يَتَعَيَّنُ قَبْلهُ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَشَرْطُ جَوَازِ الشَّرِكَة أَنْ لا يَكُونَ رَأْسُ المَال مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِين لِئَلا يَلزَمَ رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ (وَوَجْهُ قَوْل مُحَمَّد أَنَّهَا) أَيْ المَكِيل وَالمَوْزُونَ وَالعَدَدِيَّ المُتَقَارِبَ (ثَمَنٌ مِنْ وَجْه حَتَّى جَازَ البَيْعُ بِهَا دَيْنًا فِي الذِّمَّة وَمَبِيعٌ) مِنْ وَجْه (مِنْ حَيْثُ إنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِين فَعَمِلنَا بِالشَّبَهَيْنِ بِالإِضَافَة إلى الحَالَيْنِ) يَعْنِي الخَلطَ وَعَدَمَهُ فَلشَبَهِهِمَا بِالمَبِيعِ. قُلنَا: لا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِهَا قَبْل الخَلط، وَلشَبَهِهَا بِالثَّمَنِ قُلنَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِهَا بَعْدَ الخَلط، وَهَذَا لأَنَّ إضَافَةَ العَقْد إليْهَا تَضْعُفُ بِاعْتِبَارِ الشَّبَهَيْنِ فَيَتَوَقَّفُ ثُبُوتُهَا عَلى مَا يُقَوِّيهَا وَهُوَ الخَلطُ، لأَنَّ بِالخَلط تَثْبُتُ شَرِكَةُ المِلكِ فَتَتَأَكَّدُ بِهِ شَرِكَةُ العَقْدِ لا مَحَالةَ، بِخِلافِ العُرُوضِ لأَنَّهَا لَيْسَتْ ثَمَنًا بِحَالٍ.

وَلو اختَلفَا جِنسًا كَالحِنطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيتِ وَالسَّمنِ فَخُلطَا لا تَنعَقِدُ الشَّرِكَةُ بِهَا بِالاتِّفَاقِ. وَالفَرقُ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ المَخلُوطَ مِن جِنسٍ وَاحِدٍ مِن ذَوَاتِ الأَمثَالِ، وَمِن جِنسَينِ مِن ذَوَاتِ القِيَمِ فَتَتَمَكَّنُ الجَهَالَةُ كَمَا فِي العُرُوضِ، وَإِذَا لم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ فَحُكمُ الخَلطِ قَد بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ القَضَاءِ.

الشرح:

فَلوْ اخْتَلفَا جِنْسًا كَالحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيْت وَالسَّمْنِ فَخُلطَ لا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ بِهَا بالاتِّفَاق، فَمُحَمَّدٌ يَحْتَاجُ إلى الفَرْقِ وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ المَخْلُوطَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَال، حَتَّى أَنَّ مَنْ أَتْلفَهُ يَضْمَنُ مِثْلهُ فَيُمْكِنُ تَحْصِيلُ رَأْسِ مَال كُل وَاحِد مِنْهُمَا وَقْتَ القِسْمَة بِاعْتِبَارِ المِثْل فَتَزُولُ الجَهَالةُ وَمِنْ جِنْسَيْنِ مِنْ ذَوَاتِ القِيَم، فَإِنَّ مَنْ أَتْلفَهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ، وَإِذَا كَانَ مِنْ ذَوَاتِ القِيَم كَانَ بِمَنْزِلة العُرُوضِ فَتُمْكِنُ الجَهَالةُ كَمَا فِي العُرُوضِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ كَحُكْمِ الخَلط قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَاب القَضَاءِ: أَيْ قَضَاءِ الجَامعِ الصَّغِيرِ، وَأَمَّا فِي هَذَا الكِتَاب فَقَدْ بَيَّنَهُ فِي كِتَاب الوَدِيعَة. وَالدَّليلُ عَلى أَنَّ مُرَادَهُ قَضَاءُ الجَامعِ الصَّغِيرِ قَوْلُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ بلفْظ المَاضِي: يَعْنِي وَلوْ كَانَ مُرَادُهُ كِتَابَ القَضَاء مِنْ هَذَا الكِتَاب لقَال سَنُبَيِّنُهُ، وَالذي بَيَّنَهُ هُنَا فِي كِتَاب الوَدِيعَة أَنَّ الحِنْطَةَ إِذَا كَانَتْ وَدِيعَةً عِنْدَ رَجُلٍ فَخَلطَهَا الرَّجُلُ بِشَعِيرِ نَفْسِهِ يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالكِ إلى الضَّمَان.

قَال (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا نِصفَ مَالِهِ بِنِصفِ مَالِ الآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَ الشَّرِكَةَ) قَال (وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ مِلكٌ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ العُرُوضَ لا تَصلُحُ رَأسَ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَتَأوِيلُهُ إِذَا كَانَ قِيمَةُ مَتَاعِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ، وَلو كَانَ بَينَهُمَا تَفَاوُتٌ يَبِيعُ صَاحِبُ الأَقَل بِقَدرِ مَا تَثبُتُ بِهِ الشَّرِكَةُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالعُرُوضِ) لَمَّا كَانَ جَوَازُ عَقْد الشَّرِكَة مُنْحَصِرًا فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالفُلُوسِ النَّافِقَة وَفِي ذَلكَ تَضْيِيقٌ عَلى النَّاسِ ذَكَرَ الحِيلةَ فِي تَجْوِيزِ العَقْد بِالعُرُوضِ تَوْسِعَةً عَلى النَّاسِ فَقَال (وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالعُرُوضِ بَاعَ كُلُّ وَاحِد مِنْهُمَا نِصْفَ مَاله بِنِصْف مَا للآخَرِ ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ) لأَنَّهُ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِد مِنْهُمَا نِصْفَ مَاله بِنِصْف مَا للآخَرِ صَارَ نِصْفُ مَال كُل وَاحِد مِنْهُمَا مَضْمُونًا عَلى الآخَرِ

بِالثَّمَنِ فَكَانَ الرِّبْحُ الحَاصِلُ رِبْحَ مَالٍ مَضْمُونٍ فَيَكُونُ العَقْدُ صَحِيحًا.

قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ (وَهَذِهِ شَرِكَةُ ملك لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ العُرُوضَ لا تَصْلُحُ رَأْسَ مَال شَرِكَة) وَاسْتَشْكَلَهُ الشَّارِحُونَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ المُرَادُ بِالشَّرِكَةِ شَرِكَةَ الملك لَمْ يَحْتَجْ إِلى قَوْلِهِ ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ، وَبِأَنَّ العُرُوضَ لا تَصْلُحُ رَأْسَ مَال الشَّرِكَة إِذَا لَمْ يَبِعْ أَحَدُهُمَا نصْفَ عَرْضِه بنِصْف عَرْضِ الآخَرِ، أَمَّا إِذَا بَاعَ فَهُوَ الحِيلَةُ فِي جَوَازِه.

ثُمَّ أَجَابَ بَعْضُهُمْ بِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِه ثُمَّ عَقْدُ الشَّرِكَة عَقْدُ شَرِكَة ملك حَتَّى يَصِحَّ قَوْلُهُ وَهَذه شَرِكَةُ ملك وَهُوَ بَعِيدٌ، لأَنَّ غَرَضَ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ بَيَانُ الحِيلَة فِي تَجْوِيزِ **عَقْد الشَّرِكَة بِالعُرُوضِ**. وَقَال آخَرُونَ: مَعْنَاهُ أَنَّهَا شَرِكَةُ ملك وَإِنْ عَقَدَا الشَّرِكَةَ، لأَنَّ هَذَا العَقْدَ كَلا عَقْدَ لكَوْنِ رَأْسِ المَال عَرْضًا، وَنَظْمُ كَلامِ المُصَنِّف لا يُسَاعِدُهُ، وَأَنَا أَذْكُرُ لك مَا ذَكَرَهُ شَيْخُ شَيْخِي العَلامَةُ عَبْدُ العَزِيزِ فِي هَذَا المَقَامِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَة وَلا نُقْصَانٍ لأَنَّهُ حَلٌّ مُفِيدٌ فِي هَذَا المَعْنَى. قَال: عَدَمُ جَوَازِ الشَّرِكَة بِالعُرُوضِ مَبْنِيٌّ عَلى مَعْنَيَيْنِ أَحَدُهُمَا رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ كَمَا بَيَّنَّا، وَالثَّانِي جَهَالَةُ رَأْسِ المَال، فَإِذَا بَاعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عَرْضِه بِنِصْف عَرْضِ الآخَرِ ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ قَال القُدُورِيُّ يَجُوزُ، وَاخْتَارَهُ شَيْخُ الإِسْلامِ وَصَاحِبُ الذَّخِيرَة وَصَاحِبُ شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ وَالمُزَنِيُّ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللهُ، لأَنَّ رَأْسَ المَال صَارَ مَعْلُومًا وَصَارَ نِصْفُ مَال كُلٍّ مِنْهُمَا بِالبَيْعِ مَضْمُونًا عَلى صَاحِبِه بِالثَّمَنِ فَكَانَ الرِّبْحُ الحَاصِلُ مِنْ مَالَيْهِمَا رِبْحَ مَالٍ مَضْمُونٍ عَلَيْهِمَا فَيَجُوزُ وَلِهَذَا لَوْ بَاعَ **أَحَدُهُمَا عَرْضَهُ بِنِصْف دَرَاهِمِ صَاحِبِه ثُمَّ عَقَدَا شَرِكَةَ عِنَانٍ أَوْ مُفَاوَضَة** يَجُوزُ لِزَوَال الجَهَالَة لِصَيْرُورَة العُرُوضِ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فَكَذَا هَذَا.

وَقِيلَ عَلى قِيَاسِ قَوْل مُحَمَّد رَحِمَهُ اللهُ يَجُوزُ كَمَا فِي المَكِيل وَالمَوْزُون بَعْدَ الخَلط، وَعَلى قِيَاسِ قَوْل أَبِي يُوسُفَ لا يَجُوزُ إِلا أَنْ يَكُونَ مُضَافًا إِلى المُسْتَقْبَل وَعَقْدُ الشَّرِكَة يَحْتَمِلُ الإِضَافَةَ لأَنَّهُ عَقْدُ تَوْكِيلٍ، فَعَلى هَذَا يَكُونُ العَقْدُ عَلى الدَّرَاهِمِ. وَاخْتَارَ شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ وَصَاحِبُ الهِدَايَة أَنَّهُ لا يَجُوزُ عَقْدُ الشَّرِكَة بِالاتِّفَاق وَهُوَ أَقْرَبُ إِلى الفِقْه لِبَقَاءِ جَهَالَة رَأْسِ المَال وَالرِّبْحِ عِنْدَ القِسْمَة، بِخِلاف المَكِيل وَالمَوْزُون بَعْدَ الخَلط عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِزَوَال الجَهَالَة أَصْلا لأَنَّهَا مِنْ ذَوَات الأَمْثَال، وَبِخِلاف مَا إِذَا

بَاعَ نِصْفَ عَرْضِهِ بِنِصْفِ دَرَاهِمِ صَاحِبِهِ ثُمَّ اشْتَرَكَا لأَنَّ الدَّرَاهِمَ بِهَذَا العَقْدِ صَارَتْ نِصْفَيْنِ بَيْنَهُمَا فَيَكُونُ ذَلِكَ رَأْسَ مَالِهِمَا ثُمَّ يَثْبُتُ حُكْمُ الشَّرِكَةِ فِي العُرُوضِ تَبَعًا، وَقَدْ يَدْخُلُ فِي العَقْدِ تَبَعًا مَا لا يَجُوزُ إِيرَادُ العَقْدِ عَلَيْهِ كَبَيْعِ الشِّرْبِ تَبَعًا لِلأَرْضِ.

ثُمَّ المُصَنِّفُ اخْتَارَ عَدَمَ الجَوَازِ وَعَدَلَ عَمَّا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فَقَالَ: وَهَذِهِ شَرِكَةُ مِلْكٍ عِنْدِي لأَنَّ مَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ أَنَّهُ شَرِكَةُ عَقْدٍ وَلا اعْتِبَارَ بِهَذَا العَقْدِ بَعْدَ البَيْعِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ العُرُوضَ لا تَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَنَظِيرُهُ مَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ، وَيُسْتَحَبُّ لِلْمُتَوَضِّئِ أَنْ يَنْوِيَ الطَّهَارَةَ، ثُمَّ عَدَلَ المُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ **وَالنِّيَّةُ فِي الوُضُوءِ** سُنَّةٌ، وَلَهُ فِي هَذَا الكِتَابِ نَظَائِرُ كَثِيرَةٌ. وَقَوْلُهُ (يَبِيعُ صَاحِبُ الأَقَلِّ بِقَدْرِ مَا تَثْبُتُ بِهِ الشَّرِكَةُ) نَظِيرُهُ مَا إِذَا كَانَ قِيمَةُ عُرُوضِ أَحَدِهِمَا أَرْبَعَمِائَةِ دِرْهَمٍ مَثَلا وَقِيمَةُ عُرُوضِ الآخَرِ مِائَةَ دِرْهَمٍ يَبِيعُ صَاحِبُ الأَقَلِّ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ عَرْضِهِ بِخُمُسِ عَرْضِ الآخَرِ فَيَصِيرُ المَتَاعُ كُلُّهُ أَخْمَاسًا وَيَكُونُ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ رَأْسِ مَالَيْهِمَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَال (وَأَمَّا شَرِكَةُ العِنَانِ فَتَنعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ دُونَ الكَفَالَةِ، وَهِيَ أَن يَشتَرِكَ اثنَانِ فِي نَوعِ بُرٍّ أَو طَعَامٍ، أَو يَشتَرِكَانِ فِي عُمُومِ التِّجَارَاتِ وَلا يَذكُرَانِ الكَفَالَةَ)، وَانعِقَادُهُ عَلَى الوَكَالَةِ لِتَحَقُّقِ مَقصُودِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ، وَلا تَنعَقِدُ عَلَى الكَفَالَةِ؛ لأَنَّ اللفظَ مُشتَقٌّ مِن الأَعرَاضِ يُقَالُ عَنَّ لَهُ: أَي عَرَضَ، وَهَذَا لا يُنبِئُ عَن الكَفَالَةِ وَحُكمُ التَّصَرُّفِ لا يَثبُتُ بِخِلافِ مُقتَضَى اللفظِ.

الشرح:

قَالَ (**وَأَمَّا شَرِكَةُ العِنَانِ**) هَذَا عَطْفٌ عَلَى قَوْلِهِ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الشَّرِكَةِ، فَأَمَّا شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ وَالعِنَانُ مَأْخُوذٌ مِنْ عَنَّ إِذَا عَرَضَ، سُمِّيَ بِهِ لأَنَّهُ شَيْءٌ عَرَضَ فِي هَذَا القَدْرِ لا عَلَى عُمُومِ الوَكَالَةِ وَالكَفَالَةِ. وَقِيلَ إِنَّهُ مَأْخُوذٌ مِنْ عِنَانِ الفَرَسِ لأَنَّ الفَارِسَ يُمْسِكُ العِنَانَ بِإِحْدَى يَدَيْهِ وَيَتَصَرَّفُ بِالأُخْرَى، فَكَذَلِكَ الشَّرِيكُ هُنَا شَارَكَ فِي بَعْضِ مَالِهِ وَانْفَرَدَ بِالبَاقِي وَكَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (كَمَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ مِنْ قَبْلُ، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشَّرِكَةِ قَابِلا لِلْوَكَالَةِ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ المَطْلُوبُ مِنْهُ.

(وَيَصِحُّ التَّفَاضُلُ فِي المَالِ) لِلحَاجَةِ إِلَيهِ وَلَيسَ مِن قَضِيَّةِ اللفظِ المُسَاوَاةُ.

(وَيَصِحُّ أَن يَتَسَاوَيَا فِي المَال وَيَتَفَاضَلا فِي الرِّبحِ) وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا تَجُوزُ لأنَّ التَّفَاضُل فِيهِ يُؤَدِّي إلى رِبحِ مَا لم يُضمَن، فَإِنَّ المَال إِذَا كَانَ نِصفَينِ وَالرِّبحَ أَثلاثًا فَصَاحِبُ الزِّيَادَةِ يَستَحِقُّهَا بِلا ضَمَانٍ، إذ الضَّمَانُ بِقَدرِ رَأسِ المَال، وَلأنَّ الشَّرِكَةَ عِندَهُمَا فِي الرِّبحِ لِلشَّرِكَةِ فِي الأصل، وَلِهَذَا يَشتَرِطَانِ الخَلطَ، فَصَارَ رِبحُ المَال بِمَنزِلَةِ نَمَاءِ الأعيَانِ فَيُستَحَقُّ بِقَدرِ المِلكِ فِي الأصل.

وَلَنَا قَولُهُ صَلى اللهُ عَلَيهِ وَآلِهِ وَسَلَمَ: «الرِّبحُ عَلى مَا شَرَطَا، وَالوَضِيعَةُ عَلى قَدرِ المَالينِ»[1] وَلم يَفصِل، وَلأنَّ الرِّبحَ كَمَا يُستَحَقُّ بِالمَال يُستَحَقُّ بِالعَمَل كَمَا فِي المُضَارَبَةِ؛ وَقَد يَكُونُ أَحَدُهُمَا أَحذَقَ وَأَهدَى وَأَكثَرَ عَمَلا وَأَقوَى فَلا يَرضَى بِالمُسَاوَاةِ فَمَسَّت الحَاجَةُ إلى التَّفَاضُل، بِخِلافِ اشتِرَاطِ جَمِيعِ الرِّبحِ لأحَدِهِمَا لأنَّهُ يَخرُجُ العَقدُ بِهِ مِن الشَّرِكَةِ وَمِن المُضَارَبَةِ أَيضًا إلى قَرضٍ بِاشتِرَاطِهِ لِلعَامِلِ أَو إلى بِضَاعَةٍ بِاشتِرَاطِهِ لِرَبِّ المَال، وَهَذَا العَقدُ يُشبِهُ المُضَارَبَةَ مِن حَيثُ إِنَّهُ يَعمَلُ فِي مَال الشَّرِيكِ، وَيُشبِهُ الشَّرِكَةَ اسمًا وَعَمَلا فَإِنَّهُمَا يَعمَلانِ فَعَمِلنَا بِشَبَهِ المُضَارَبَةِ. وَقُلنَا: يَصِحُّ اشتِرَاطُ الرِّبحِ مِن غَيرِ ضَمَانٍ وَيُشبِهُ الشَّرِكَةَ حَتَّى لا تَبطُلُ بِاشتِرَاطِ العَمَل عَلَيهَا.

الشرح:

وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي المَال وَيَتَفَاضَلا فِي الرِّبْحِ. وَجُمْلَةُ القَوْل فِي ذَلِكَ أَنَّهُمَا إِنْ **شَرَطَا العَمَل عَلَيْهِمَا وَشَرَطَا التَّفَاوُتَ فِي الرِّبْحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي رَأْسِ المَال** جَازَ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلاثَة وَيَكُونُ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلى مَا شُرِطَ وَإِنْ عَمِل أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ. وَأَمَّا إِذَا شَرَطَا العَمَل عَلى أَحَدِهِمَا، فَإِنْ شَرَطَا الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا عَلى قَدْرِ رَأْسِ مَالهِمَا جَازَ وَيَكُونُ مَالُ الذي لا عَمَل عَلَيْه بِضَاعَةً عِنْدَ العَامِل لهُ رِبْحُهُ وَعَلَيْه وَضِيعَتُهُ، وَإِنْ شَرَطَا الرِّبْحَ لِلعَامِل أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ مَاله جَازَ أَيْضًا عَلى الشَّرْط وَيَكُونُ مَالُ الدَّافِعِ عِنْدَ العَامِل مُضَارَبَةً؛ وَلوْ شَرَطَا الرِّبْحَ لِلدَّافِعِ أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ مَاله لا يَصِحُّ الشَّرْطُ وَيَكُونُ مَالُ الدَّافِعِ عِنْدَ العَامِل بِضَاعَةً لِكُل وَاحِد مِنْهُمَا رِبْحُ مَاله وَالوَضِيعَةُ بَيْنَهُمَا عَلى قَدْرِ رَأْسِ مَالهِمَا أَبَدًا (قَوْلُهُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ) وَاضِحٌ (قَوْلُهُ وَلنَا قَوْلُهُ ﷺ: «**الرِّبْحُ عَلى مَا شَرَطَ العَاقِدَانِ، وَالوَضِيعَةُ عَلى قَدْرِ المَال**») رَوَاهُ أَصْحَابُنَا فِي كُتُبِهِمْ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالب

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٧٢٦): غريب جدا.

ﷺ (قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ) يَعْنِي بَيْنَ التَّفَاضُلِ وَالتَّسَاوِي (قَوْلُهُ كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ) اُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ إذَا أَلحَقْتُمْ هَذَا العَقْدَ بِالْمُضَارَبَةِ صَارَ فِي التَّقْدِيرِ كَأَنَّهُ قَالَ: اعْمَلْ فِي مَالِكَ وَرِبْحُهُ لك، وَاعْمَلْ فِي مَالِي وَرِبْحُهُ بَيْنَنَا وَفِي الْمُضَارَبَةِ إذَا شُرِطَ عَمَلُ رَبِّ الْمَالِ فِيهَا يَبْطُلُ العَقْدُ وَقَدْ جَوَّزْتُمْ هَذِهِ الشَّرِكَةَ وَإِنْ شُرِطَ عَمَلُهُمَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ هَذَا العَقْدُ مُضَارَبَةً مِنْ كُلِ وَجْهٍ عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ أَنَّهُ يُشْبِهُهَا مِنْ وَجْهٍ، وَمَا أَشْبَهَ الشَّيْءَ مِنْ وَجْهٍ لا يَلزَمُ أَنْ يَأْخُذَ حُكْمَهُ مِنْ كُلِ وَجْهٍ.

وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ اشْتِرَاطِ جَمِيعِ الرِّبْحِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إذَا شُرِطَ جَمِيعُ الرِّبْحِ لأَحَدِهِمَا لا يَجُوزُ، فَكَذَا إذَا شُرِطَ الفَضْلُ وَالجَامِعُ العُدُولُ بِالرِّبْحِ عَنْ التَّقْسِيطِ عَلَى قَدْرِ المَالِ. وَوَجْهُ الجَوَابِ أَنَّ بِشَرْطِ جَمِيعِ الرِّبْحِ يَخْرُجُ العَقْدُ مِنْ الشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ إلَى قَرْضٍ أَوْ بِضَاعَةٍ، لأَنَّهُ إنْ شُرِطَ الجَمِيعُ لِلعَامِلِ صَارَ قَرْضًا، وَإِنْ شُرِطَ لِرَبِّ المَالِ صَارَ بِضَاعَةً، وَهَذَا العَقْدُ لا يَجُوزُ أَنْ يَخْرُجَ عَنْهُمَا لأَنَّهُ يُشْبِهُ الْمُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إنَّهُ يَعْمَلُ فِي مَالِ الشَّرِيكِ وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ أَيْ شَرِكَةَ الْمُفَاوَضَةِ اسْمًا وَعَمَلا فَإِنَّهُمَا يَعْمَلانِ مَعًا فَعَمِلنَا بِشَبَهِ الْمُضَارَبَةِ.

وَقُلْنَا: يَصِحُّ اشْتِرَاطُ الرِّبْحِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ، فَإِنَّ اشْتِرَاطَ زِيَادَةِ الرِّبْحِ مَوْجُودٌ فِي الْمُضَارَبَةِ وَهُوَ جَائِزٌ مَعَ ذَلِكَ بِالإِجْمَاعِ، وَهَذَا يَتَضَمَّنُ الجَوَابَ عَنْ قَوْلِهِمَا إنَّ اشْتِرَاطَ زِيَادَةِ الرِّبْحِ لأَحَدِهِمَا يُؤَدِّي إلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَعَمِلنَا بِشَبَهِ الشَّرِكَةِ حَتَّى لا يَبْطُلَ بِاشْتِرَاطِ العَمَلِ عَلَيْهِمَا.

قَالَ (وَيَجُوزُ أَن يَعقِدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِبَعضِ مَالِهِ دُونَ البَعضِ) لأَنَّ الْمُسَاوَاةَ فِي الْمَالِ لَيسَت بِشَرطٍ فِيهِ إذ اللفظُ لا يَقتَضِيهِ (وَلا يَصِحُّ إلا بِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ الْمُفَاوَضَةَ تَصِحُّ بِهِ لِلوَجهِ الذِي ذَكَرنَاهُ (وَيَجُوزُ أَن يَشتَرِكَا وَمِن جِهَةِ أَحَدِهِمَا دَنَانِيرُ وَمِن الآخَرِ دَرَاهِمُ، وَكَذَا مِن أَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ بِيضٌ وَمِن الآخَرِ سُودٌ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى اشتِرَاطِ الخَلطِ وَعَدَمِهِ فَإِنَّ عِندَهُمَا شَرطٌ وَلا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي مُختَلِفِي الجِنسِ، وَسَنُبَيِّنُهُ مِن بَعدُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالَى. قَالَ (وَمَا اشتَرَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا لِلشَّرِكَةِ طُولِبَ بِثَمَنِهِ دُونَ الآخَرِ لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الوَكَالَةَ دُونَ الكَفَالَةِ، وَالوَكِيلُ هُوَ الأَصلُ فِي الحُقُوقِ. قَالَ (ثُمَّ يَرجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنهُ) مَعنَاهُ إذَا أَدَّى مِن مَالِ نَفسِهِ؛ لأَنَّهُ

وَكِيلٌ من جِهَتِهِ فِي حِصَّتِهِ فَإِذَا نَقَدَ مِن مَالِ نَفسِهِ رَجَعَ عَلَيهِ، فَإِن كَانَ لا يَعرِفُ ذَلكَ إلا بِقَولِه فَعَلَيهِ الحُجَّةُ؛ لأَنَّهُ يَدَّعِي وُجُوبَ المَال فِي ذِمَّةِ الآخَرِ وَهُوَ يُنكِرُ، وَالقَولُ للمُنكِرِ مَعَ يَمِينِهِ

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَهَا كُلُّ وَاحد إلخ) أَيْ يَجُوزُ أَنْ **يَعْقِدَ شَرِكَةَ العِنَان كُلُّ وَاحِد منْهُمَا ببَعْض مَاله دُونَ البَعْض**، لأَنَّ المُسَاوَاةَ فِي المَال لَيْسَتْ بِشَرْط فِيه: أَيْ فِي هَذَا العَقْد، إذْ اللفْظُ: أَيْ لفْظُ العنَان لا يَقْتَضِيه: أَيْ لا يَقْتَضِي المُسَاوَاةَ بتَأْوِيل الاسْتِوَاء، بخلاف لفْظ المُفَاوَضَة (قَوْلُهُ للوَجْه الذي ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَّل هَذَا الفَصْل أَنَّهُ يُؤَدِّي إلى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَ لا يُعْرَفُ ذَلكَ إلا بقَوْله) يَعْنِي إذَا لَمْ يُعْرَفْ أَنَّهُ أَدَّى الثَّمَنَ مِنْ مَال نَفْسه أَوْ مِنْ مَال الشَّرِكَة إلا بقَوْله فَعَلَيْه إقَامَةُ البَيِّنَة، فَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلكَ فَالقَوْلُ لصَاحِبه مَعَ يَمِينه.

قَال (وَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَةِ أَو أَحَدُ المَالينِ قَبل أَن يَشتَرِيَا شَيئًا بَطلَت الشَّرِكَةُ) لأَنَّ المَعقُودَ عَليهِ فِي عَقدِ الشَّرِكَةِ المَالُ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ فيهِ كَمَا فِي الهِبَةِ وَالوَصِيَّةِ، وَبِهَلاكِ المَعقُودِ عَليهِ يَبطُلُ العَقدُ كَمَا فِي البَيعِ، بِخِلافِ المُضَارَبَةِ وَالوَكَالَةِ المُفرَدَةِ؛ لأَنَّهُ لا يَتَعَيَّنُ الثَّمَنَانِ فِيهِمَا بِالتَّعيِينِ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنَانِ بِالقَبضِ عَلى مَا عُرِفَ، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا هَلَكَ المَالانِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُهُمَا؛ لأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ فِي مَالهِ إلا لِيُشرِكَهُ فِي مَالهِ، فَإِذَا فَاتَ ذَلكَ لم يَكُن رَاضِيًا بِشَرِكَتِهِ فَيَبطُلُ العَقدُ لعَدَمِ فَائِدَتِهِ، وَأَيُّهُمَا هَلَكَ هَلَكَ مِن مَال صَاحِبِهِ؛ إن هَلَكَ فِي يَدِهِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ هَلَكَ فِي يَدِ الآخَرِ لأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، بِخِلافِ مَا بَعدَ الخَلطِ حَيثُ يَهلكُ عَلى الشَّرِكَةِ؛ لأَنَّهُ لا يَتَمَيَّزُ فَيُجعَلُ الهَالكُ مِن المَالينِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ فَإِذَا **هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَة**) ظَاهرٌ، وَقَيَّدَ الوَكَالةَ بالمُفْرَدَة احْترَازًا عَنْ الوَكَالة الثَّابتَة فِي ضِمْنِ عَقْد الشَّرِكَة وَفِي ضِمْنِ عَقْد الرَّهْنِ فَإِنَّهَا فيهمَا تَبْطُلُ بُطْلان مَا تَضَمَّنَهَا مِنْ الشَّرِكَة وَالرَّهْنِ لأَنَّ المُتضَمَّنَ يَبْطُلُ ببُطْلان المُتَضَمِّنِ تَبَعًا، وَأَمَّا الوَكَالةُ المُفْرَدَةُ كَمَنْ وَكَّل رَجُلا بِشِرَاء عَبْد وَدَفَعَ إلَيْه دَرَاهِمَ فَهَلكَتْ فَإِنَّهَا لا تَبْطُلُ، وَأَمَّا

الْمُضَارَبَةُ فَقَدْ قَالَ فَخْرُ الإِسْلامِ فِي شَرْحِ الزِّيَادَاتِ: بِخِلافِ الْمُضَارَبَةِ وَالشَّرِكَةِ فَإِنَّهَا تَتَعَيَّنُ، حَتَّى إِذَا هَلَكَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ بَطَلَتْ الْمُضَارَبَةُ، وَهُوَ مُخَالِفٌ لِمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِيهَا بِالقَبْضِ فَلَعَلَّ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ، (قَوْلُهُ لأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ فِي مَالِهِ) أَيْ الشَّرِيكُ الذِي لَمْ يَهْلِكْ مَالُهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ الذِي هَلَكَ مَالُهُ إلا عَلَى تَقْدِيرِ بَقَاءِ مَالِهِ بِشَرِكَتِهِ فِي مَالِهِ كَمَا يَشْتَرِكُ هُوَ فِي مَالِ هَذَا (قَوْلُهُ وَأَيُّهُمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ) ظَاهِرٌ.

(وَإِن اشتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ وَهَلَكَ مَالُ الآخَرِ قَبلَ الشِّرَاءِ فَالْمُشتَرَى بَينَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا) لأَنَّ الِملكَ حِينَ وَقَعَ وَقَعَ مُشتَرَكًا بَينَهُمَا لِقِيَامِ الشَّرِكَةِ وَقتَ الشِّرَاءِ فَلا يَتَغَيَّرُ الحُكمُ بِهَلاكِ مَالِ الآخَرِ بَعدَ ذَلِكَ، ثُمَّ الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقدٍ عِندَ مُحَمَّدٍ خِلافًا لِلحَسَنِ بنِ زِيَادٍ، حَتَّى إنَّ أَيَّهُمَا بَاعَ جَازَ بَيعُهُ؛ لأَنَّ الشَّرِكَةَ قَد تَمَّت فِي الْمُشتَرَى فَلا يُنتَقَضُ بِهَلاكِ الْمَالِ بَعدَ تَمَامِهَا. قَالَ (وَيَرجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّةٍ مِن ثَمَنِهِ) لأَنَّهُ اشتَرَى نِصفَهُ بِوَكَالَتِهِ وَنَقَدَ الثَّمَنَ مِن مَالِ نَفسِهِ وَقَد بَيَّنَّاهُ، هَذَا إِذَا اشتَرَى أَحَدُهُمَا بِأَحَدِ الْمَالَينِ أَوَّلا ثُمَّ هَلَكَ مَالُ الآخَرِ. أَمَّا إِذَا هَلَكَ مَالُ أَحَدِهِمَا ثُمَّ اشتَرَى الآخَرُ بِمَالِ الآخَرِ، إن صَرَّحَا بِالوَكَالَةِ فِي عَقدِ الشَّرِكَةِ فَالْمُشتَرَى مُشتَرَكٌ بَينَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا؛ لأَنَّ الشَّرِكَةَ إن بَطَلَت فَالوَكَالَةُ الْمُصَرَّحُ بِهَا قَائِمَةٌ فَكَانَ مُشتَرَكًا بِحُكمِ الوَكَالَةِ، وَيَكُونُ شَرِكَةَ مِلكٍ وَيَرجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَإِن ذَكَرَا مُجَرَّدَ الشَّرِكَةِ وَلَم يَنُصَّا عَلَى الوَكَالَةِ فِيهَا كَانَ الْمُشتَرَى لِلذِي اشتَرَاهُ خَاصَّةً؛ لأَنَّ الوُقُوعَ عَلَى الشَّرِكَةِ حُكمُ الوَكَالَةِ التِي تَضَمَّنَتهَا الشَّرِكَةُ، فَإِذَا بَطَلَت يَبطُلُ مَا فِي ضِمنِهَا، بِخِلافِ مَا إِذَا صَرَّحَ بِالوَكَالَةِ لأَنَّهَا مَقصُودَةٌ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (ثُمَّ الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقْدٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلافًا لِلحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ) فَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِي حَقِّ جَوَازِ بَيْعِ الكُلِّ. فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ أَيُّهُمَا بَاعَهُ جَازَ بَيْعُهُ لأَنَّ الشَّرِكَةَ قَدْ تَمَّتْ فِي الْمُشْتَرَى فَلا تَنْتَقِضُ بِهَلاكِ الْمَالِ بَعْدَ تَمَامِهَا كَمَا لَوْ كَانَ الهَلاكُ بَعْدَ الشِّرَاءِ بِالْمَالَيْنِ جَمِيعًا. وَعِنْدَ الحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ لا يَنْفُذُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا إلا فِي حِصَّتِهِ لأَنَّ شَرِكَةَ العَقْدِ قَدْ بَطَلَتْ بِهَلاكِ الْمَالِ كَمَا لَوْ هَلَكَ قَبْلَ الشِّرَاءِ بِمَالِ الآخَرِ، وَإِنَّمَا بَقِيَ مَا هُوَ حُكْمُ

الشِّرَاءِ وَهُوَ المِلكُ فَكَانَتْ شَرِكَتُهُمَا فِي المَتَاعِ شَرِكَةَ مِلكٍ (قَوْلُهُ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) إشَارَةٌ إلى قَوْلِهِ مَعْنَاهُ إذَا أَدَّى مِنْ مَالِ نَفْسِهِ إلخْ (قَوْلُهُ أَمَّا إذَا هَلَكَ مَالُ أَحَدِهِمَا ثُمَّ اشْتَرَى الآخَرُ) وَاضِحٌ. قَوْلُهُ لَمَا بَيَّنَّاهُ) إشَارَةً إلى قَوْلِهِ لأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ

قَال (وَتَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَإِن لم يَخلطَا المَال) وَقَال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا تَجُوزُ لأَنَّ الرِّبحَ فَرعُ المَال، وَلا يَقَعُ الفَرعُ عَلَى الشَّرِكَةِ إلا بَعدَ الشَّرِكَةِ فِي الأصل وَأَنَّهُ بِالخَلطِ، وَهَذَا لأَنَّ المَحَل هُوَ المَالُ وَلِهَذَا يُضَافُ إليهِ، وَيُشتَرَطُ تَعيِينُ رَأسِ المَال، بِخِلافِ المُضَارَبَةِ؛ لأَنَّهَا ليسَت بِشَرِكَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ يَعملُ لِرَبِّ المَال فَيَستَحِقُّ الرِّبحَ عِمَالَةً عَلَى عَمَلِهِ، أَمَّا هُنَا بِخِلافِهِ، وَهَذَا أَصلٌ كَبِيرٌ لهُمَا حَتَّى يُعتَبَرُ اتِّحَادُ الجِنسِ. وَيُشتَرَطُ الخَلطُ وَلا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الرِّبحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي المَال.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَأَنَّهُ بِالخَلطِ) أَيْ الشَّرِكَةِ فِي الأَصْلِ عَلَى تَأْوِيلِ الاشْتِرَاكِ (قَوْلُهُ وَهَذَا إشَارَةٌ إلى قَوْلِهِ لأَنَّ الرِّبحَ فَرْعُ المَالِ) يَعْنِي وَإِنَّمَا قُلنَا إنَّ الرِّبحَ فَرْعُ المَالِ لأَنَّ المَحَل: أَيْ مَحَل الشَّرِكَةِ هُوَ المَالُ وَلِهَذَا يُضَافُ إلَيْهِ، وَيُقَالُ عَقْدُ شَرِكَةِ المَالِ وَيُشْتَرَطُ تَعْيِينُ رَأْسِ المَالِ وَمَا اُعْتُبِرَ التَّعْيِينُ إلا لِتَكُونَ الشَّرِكَةُ فِي الثَّمَنِ مُسْتَنِدَةً إلى المَالِ بِخِلافِ المُضَارَبَةِ فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِدُونِ الخَلطِ لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرِكَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ عَامِلٌ لِرَبِّ المَالِ فَيَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ عِمَالَةً عَلَى قَدْرِ عَمَلِهِ (قَوْلُهُ وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ) إشَارَةٌ إلى قَوْلِهِ لأَنَّ الرِّبْحَ فَرْعُ المَالِ (قَوْلُهُ حَتَّى يُعْتَبَرَ اتِّحَادُ الجِنْسِ) يَعْنِي بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِمَا ذَلِكَ، فَإِنَّهُ إذَا **كَانَ رَأْسُ مَالِ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ** وَالآخَرِ **دَنَانِيرَ** تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ بَيْنَهُمَا صَحِيحَةً عِنْدَنَا خِلافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، وَكَذَلِكَ إنْ كَانَ رَأْسُ مَالِ أَحَدِهِمَا بِيضًا وَالآخَرِ سُودًا.

وَلا تَجُوزُ شَرِكَةُ التَّقَبُّل وَالأعمَال لانعِدَامِ المَال. وَلَنَا أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبحِ مُستَنِدَةٌ إلى العَقدِ دُونَ المَال؛ لأَنَّ العَقدَ يُسَمَّى شَرِكَةً فَلا بُدَّ مِن تَحَقُّقِ مَعنَى هَذَا الاسمِ فِيهِ فَلَم يَكُن الخَلطُ شَرطًا، وَلأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لا يَتَعَيَّنَانِ فَلا يُستَفَادُ الرِّبحُ بِرَأسِ المَال، وَإِنَّمَا يُستَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ لأَنَّهُ فِي النِّصفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصفِ وَكِيلٌ. وَإِذَا تَحَقَّقَت الشَّرِكَةُ فِي التَّصَرُّفِ بِدُونِ الخَلطِ تَحَقَّقَت فِي المُستَفَادِ بِهِ وَهُوَ الرِّبحُ بِدُونِهِ، وَصَارَ كَالمُضَارَبَةِ فَلا يُشتَرَطُ اتِّحَادُ الجِنسِ وَالتَّسَاوِي فِي الرِّبحِ، وَتَصِحُ شَرِكَةُ التَّقَبُّل.

الشرح:

وَلا تَجُوزُ **شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ:** أَيْ عَلَى قَوْلِ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ لانْعِدَامِ المَالِ. وَلَنَا أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ مُسْتَنِدَةٌ إلى العَقْدِ دُونَ المَالِ، وَكُلُّ مَا هُوَ مُسْتَنِدٌ إلَيْهِ هُوَ الأَصْلُ، أَمَّا أَنَّهَا مُسْتَنِدَةٌ إلى العَقْدِ فَلأَنَّ العَقْدَ يُسَمَّى شَرِكَةً لا المَالِ فَلا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ مَعْنَى الاسْمِ فِيهِ، وَأَمَّا أَنَّ كُلَّ مَا هُوَ مُسْتَنِدٌ إلَيْهِ فَهُوَ الأَصْلُ فَلأَنَّ المُرَادَ بِالمُسْتَنَدِ إلَيْهِ هُوَ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ مَبْنِيًّا عَلَيْهِ وَذَلِكَ حَدُّ الأَصْلِ، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِهَذِهِ العِبَارَةِ لأَنَّ الرِّبْحَ فِي الحَقِيقَةِ يَحْصُلُ مِنْ التَّصَرُّفِ وَالتَّصَرُّفُ يَحْصُلُ مِنْ العَقْدِ، لأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَصَرَّفُ فِي الكُلِّ فِي بَعْضِهِ بِطَرِيقِ الأَصَالَةِ وَفِي بَعْضِهِ بِطَرِيقِ الوَكَالَةِ، فَكَانَ العَقْدُ عِلَّةَ العِلَّةِ، وَجَازَ أَنْ يُضَافَ الحُكْمُ إلى عِلَّةِ العِلَّةِ كَمَا جَازَ أَنْ يُضَافَ إلى عَيْنِ العِلَّةِ، وَإِذَا كَانَ الأَصْلُ هُوَ العَقْدُ وَهُوَ مَوْجُودٌ يَثْبُتُ الحُكْمُ فِي الفَرْعِ وَهُوَ الرِّبْحُ وَإِنْ لَمْ يَخْتَلِطْ المَالانِ. وَالدَّلِيلُ الثَّانِي وَهُوَ قَوْلُهُ وَلأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لا تَتَعَيَّنَانِ كَالشَّرْحِ لِلدَّلِيلِ الأَوَّلِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ العَقْدُ هُوَ الأَصْلُ دُونَ المَالِ لَمَا بَطَلَتْ الشَّرِكَةُ بِهَلاكِ المَالِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَا بِهِ شَيْئًا لأَنَّ هَلاكَ المَالِ وَبَقَاءَهُ إذْ ذَاكَ بِمَنْزِلَةٍ لِكَوْنِ الأَصْلِ وَهُوَ العَقْدُ قَدْ وُجِدَ وَالمَالُ مَوْجُودٌ فَلا يُبَالُ بَعْدَ ذَلِكَ بِبَقَائِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ بَقَاءَ الأَصْلِ شَرْطٌ لِوُجُودِ الفَرْعِ وَالأَصْلُ قَدْ انْتَفَى بِانْتِفَاءِ شَرْطِهِ وَهُوَ المَحَلُّ فَكَذَلِكَ الفَرْعُ. وَاعْتُرِضَ أَيْضًا بِأَنَّ المَالَيْنِ إذَا لَمْ يَخْتَلِطَا بَقِيَا مُتَمَيِّزَيْنِ وَلا شَرِكَةَ مَعَ التَّمْيِيزِ كَمَا فِي العُرُوضِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عِلَّةَ فَسَادِ الشَّرِكَةِ فِي العُرُوضِ لَيْسَتْ التَّمْيِيزَ بَلْ هِيَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ الإِفْضَاءِ إلى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ. وَقَوْلُهُ (وَصَارَ كَالمُضَارَبَةِ) يَعْنِي لَمَّا ظَهَرَ أَنَّ الأَصْلَ هُوَ العَقْدُ دُونَ المَالِ كَانَ الرِّبْحُ مُسْتَحَقًّا بِالعَقْدِ دُونَ المَالِ كَمَا فِي المُضَارَبَةِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ هُنَاكَ خَلْطُ المَالَيْنِ وَالرِّبْحُ مُشْتَرَكٌ بِسَبَبِ العَقْدِ، وَإِذَا بَطَلَ ذَلِكَ الأَصْلُ بَطَلَ الفُرُوعُ المُتَرَتِّبَةُ عَلَيْهِ فَلا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الجِنْسِ وَالتَّسَاوِي فِي الرِّبْحِ وَتَصِحُّ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ

قَالَ (وَلا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ إذَا شُرِطَ لأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ مُسَمَّاةٌ مِنَ الرِّبْحِ) لأَنَّهُ شَرْطٌ يُوجِبُ انْقِطَاعَ الشَّرِكَةِ فَعَسَاهُ لا يُخْرِجُ إلا قَدْرَ المُسَمَّى لأَحَدِهِمَا، وَنَظِيرُهُ فِي المُزَارَعَةِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ) وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَنَظِيرُهُ فِي المُزَارَعَةِ) يَعْنِي أَنَّهُ **إذَا شُرِطَ**

لِأَحَدهمَا قُفْزَانٌ مُسَمَّاةٌ كَانَتْ فَاسِدَةً لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَنْقَطِعُ بِهِ، وَمِنْ شَرْطِ الْمُزَارَعَةِ أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ بَيْنَهُمَا شَائِعًا.

قَالَ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَفَاوِضَيْنِ وَشَرِيكَيِ الْعِنَانِ أَنْ يُبْضِعَ الْمَالَ) لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى الْعَمَلِ، وَالتَّحْصِيلُ بِغَيْرِ عِوَضٍ دُونَهُ فَيَمْلِكُهُ، وَكَذَا لَهُ أَنْ يُودِعَهُ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ وَلَا يَجِدُ التَّاجِرُ مِنْهُ بُدًّا. قَالَ (وَيَدْفَعُهُ مُضَارَبَةً)؛ لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ فَتَتَضَمَّنُهَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ نَوْعُ شَرِكَةٍ، وَالْأَصَحُّ هُوَ الْأَوَّلُ، وَهُوَ رِوَايَةُ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ تَحْصِيلُ الرِّبْحِ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ بِأَجْرٍ بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهَا لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ.

قَالَ (وَيُوَكِّلُ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ) لِأَنَّ التَّوْكِيلَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ وَالشَّرِكَةُ انْعَقَدَتْ لِلتِّجَارَةِ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ لِأَنَّهُ عَقْدٌ خَاصٌّ طُلِبَ مِنْهُ تَحْصِيلُ الْعَيْنِ فَلَا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ قَالَ (وَيَدُهُ فِي الْمَالِ يَدُ أَمَانَةٍ) لِأَنَّهُ قَبَضَ الْمَالَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لَا عَلَى وَجْهِ الْبَدَلِ وَالْوَثِيقَةِ فَصَارَ كَالْوَدِيعَةِ.

الشرح:

قَالَ: وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الْمُتَفَاوِضَيْنِ. هَذَا بَيَانُ **مَا يَجُوزُ لِلشَّرِيكِ شَرِكَةَ مُفَاوَضَةٍ أَوْ عِنَانٍ أَنْ يَفْعَلَ وَأَنْ لَا يَفْعَلَ**، يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُبْضِعَ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَالْمُعْتَادُ جَازَ لَهُ الْعَمَلُ بِهِ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى الْعَمَلِ بِتَحْصِيلِ الرِّبْحِ بِلَا خِلَافٍ، وَكُلُّ مَنْ جَازَ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ لِتَحْصِيلِ الرِّبْحِ جَازَ لَهُ أَنْ يُبْضِعَ لِأَنَّ الِاسْتِئْجَارَ تَحْصِيلٌ بِعِوَضٍ وَالْإِبْضَاعُ بِدُونِهِ فَكَانَ الِاسْتِئْجَارُ أَعْلَى وَمَنْ مَلَكَ الْأَعْلَى مَلَكَ الْأَدْنَى، وَأَنْ يُودِعَ الْمَالَ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ وَلَا يَجِدُ التَّاجِرُ مِنْهُ بُدًّا، وَأَنْ يَدْفَعَ مُضَارَبَةً لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْمُضَارِبِ شَيْءٌ مِنْ الْوَضِيعَةِ وَأَنَّ الْمُضَارَبَةَ لَوْ فَسَدَتْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُضَارِبِ شَيْءٌ مِنْ الرِّبْحِ فَيُمْكِنُ جَعْلُ الْمُضَارَبَةِ مُسْتَفَادَةً بِعَقْدِ الشَّرِكَةِ لِأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ فَتَضَمَّنَتْهَا الشَّرِكَةُ، هَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ) أَيْ عَقْدَ الْمُضَارَبَةِ (نَوْعُ شَرِكَةٍ) لِأَنَّهُ إِيجَابُ الشَّرِكَةِ لِلْمُضَارِبِ فِي الرِّبْحِ فَيَكُونُ مَنْزِلَةَ عَقْدِ الشَّرِكَةِ وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُشَارِكَ مَعَ غَيْرِهِ بِمَالِ الشَّرِكَةِ فَكَذَا لَا يَدْفَعُهُ

مُضَارَبَةً (وَالأَوَّلُ) أَيْ جَوَازُ الدَّفْعِ مُضَارَبَةً (أَصَحُّ وَهُوَ رِوَايَةُ الأَصْلِ لأَنَّ الشَّرِكَةَ) يَعْنِي فِي الْمُضَارَبَةِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ تَحْصِيلُ الرِّبْحِ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالْمُضَارَبَةِ فَيَمْلِكُهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَعْمَلَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَوْلاً وَاحِدًا، فَهَذَا أَوْلَى لأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، فَإِنَّ الْمُضَارِبَ إِذَا عَمِلَ وَلَمْ يَحْصُلِ الرِّبْحُ لا يَجِبُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ شَيْءٌ، بِخِلافِ الإِجَارَةِ فَإِنَّ الأَجِيرَ إِذَا عَمِلَ فِي التِّجَارَةِ وَلَمْ يَحْصُلْ شَيْءٌ مِنْ الرِّبْحِ يَكُونُ الْمُسْتَأْجِرُ ضَامِنًا لِلأُجْرَةِ، بِخِلافِ الشَّرِكَةِ حَيْثُ لا يَمْلِكُهَا لأَنَّ الشَّيْءَ لا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ. فَإِنْ قِيلَ: هَذَا مَنْقُوضٌ بِالْمُكَاتَبِ فَإِنَّهُ جَازَ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ، وَالعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ جَازَ لَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِهِ.

فَالجَوَابُ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ قَبِيلِ الاسْتِتْبَاعِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُطْلِقَ فِي الكَسْبِ وَأَسْبَابِهِ، وَهَذَا مِنْ أَسْبَابِ الكَسْبِ الْمُطْلَقَةِ لَهُمَا لا أَنَّهُ مِنْ الْمُسْتَتْبَعَاتِ، وَأَنْ يُوَكِّلَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الْحُكْمَ الثَّابِتَ مَقْصُودًا أَعْلَى حَالاً مِنْ الْحُكْمِ الثَّابِتِ فِي ضِمْنِ شَيْءٍ آخَرَ لا مَحَالَةَ، وَالوَكِيلُ الذِي كَانَتْ وَكَالَتُهُ مَقْصُودَةً لَيْسَ لَهُ تَوْكِيلُ غَيْرِهِ، فَالوَكِيلُ الذِي تَثْبُتُ وَكَالَتُهُ فِي ضِمْنِ الشَّرِكَةِ كَيْفَ جَازَ لَهُ تَوْكِيلُ غَيْرِهِ. وَأُجِيبَ بِذَلِكَ الْجَوَابِ الْمَشْهُورِ وَهُوَ قَوْلُهُمْ: كَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا وَلا يَثْبُتُ قَصْدًا كَبَيْعِ الشِّرْبِ وَغَيْرِهِ، وَالشُّبْهَةُ وَجْهُ القِيَاسِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَجَوَابُهَا وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ. وَقَوْلُهُ (لا عَلَى وَجْهِ البَدَلِ) احْتِرَازٌ عَنْ الْمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ، لأَنَّ الْمَقْبُوضَ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ قَبْضٌ لأَجْلِ أَنْ يَدْفَعَ الثَّمَنَ (قَوْلُهُ وَالوَثِيقَةُ) احْتِرَازٌ عَنْ الرَّهْنِ فَإِنَّ الْمَرْهُونَ مَقْبُوضٌ لأَجْلِ الوَثِيقَةِ.

قَالَ (وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ) وَتُسَمَّى شَرِكَةَ التَّقَبُّلِ (كَالخَيَّاطِينَ وَالصَّبَّاغِينَ يَشْتَرِكَانِ عَلَى أَن يَتَقَبَّلا الأَعمَالَ وَيَكُونَ الكَسبُ بَينَهُمَا فَيَجُوزُ ذَلِكَ) وَهَذَا عِندَنَا. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا تَجُوزُ لأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةٌ لا تُفِيدُ مَقصُودَهَا وَهُوَ التَّثمِيرُ؛ لأَنَّهُ لا بُدَّ مِن رَأسِ المَالِ، وَهَذَا لأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبحِ تُبتَنَى عَلَى الشَّرِكَةِ فِي المَالِ عَلَى أَصلِهِمَا عَلَى مَا قَرَّرنَاهُ. وَلَنَا أَنَّ المَقصُودَ مِنهُ التَّحصِيلُ وَهُوَ مُمكِنٌ بِالتَّوكِيلِ، لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ وَكِيلا فِي النِّصفِ أَصِيلا فِي النِّصفِ تَحَقَّقَت الشَّرِكَةُ فِي المَالِ المُستَفَادِ.

الشرح:

قَال (وَأَمَّا **شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ**) كَلامُهُ ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (لا تُفِيدُ مَقْصُودَهُمَا) أَيْ مَقْصُودَ الشَّرِيكَيْنِ وَهُوَ التَّثْمِيرُ ظَاهِرٌ. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: لا تُفِيدُ مَقْصُودَهَا، أَضَافَ المَقْصُودَ إِلى الشَّرِكَةِ وَإِنْ كَانَ المَقْصُودُ للشَّرِيكَيْنِ بِأَدْنَى مُلابَسَةٍ وَهُوَ تَلَبُّسُ الشَّرِيكَيْنِ بِعَقْدِ الشَّرِكَة.

وَلا يُشتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ العَمَلِ وَالمَكَانِ خِلافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرَ فِيهِمَا؛ لأَنَّ المَعنَى المُجَوِّزَ للشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرنَاهُ لا يَتَفَاوَتُ

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلا يُشْتَرَطُ فِيه) أَيْ فِي هَذَا العَقْدِ اتِّحَادُ العَمَلِ وَالمَكَانِ خلافًا لِزُفَرَ وَمَالِكٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، قَالا: إِنْ **اتَّفَقَتْ الأَعْمَالُ كَالقَصَّارَيْنِ اشْتَرَكَا أَوْ صَبَّاغَيْنِ** جَازَ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ كَصَبَّاغٍ وَقَصَّارٍ اشْتَرَكَا لا يَجُوزُ لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَاجِزٌ عَنْ العَمَلِ الذي يَتَقَبَّلُهُ صَاحِبُهُ، فَإِنَّ ذَلكَ لَيْسَ مِنْ صَنْعَتِه فَلا يَتَحَقَّقُ مَقْصُودُ الشَّرِكَة. وَلَنَا أَنَّ المَعْنَى المُجَوِّزَ للشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ أَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ وَهُوَ مُمْكِنٌ بِالتَّوْكِيلِ لا تَتَفَاوَتُ بِاتِّحَادِ العَمَلِ وَالمَكَانِ أَوْ اخْتِلافِهِمَا، أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ التَّوْكِيلَ بِتَقَبُّلِ العَمَلِ صَحِيحٌ مِمَّنْ يُحْسِنُ مُبَاشَرَةَ ذَلكَ العَمَلِ وَمِمَّنْ لا يُحْسِنُ لأَنَّهُ لا يَتَعَيَّنُ عَلى المُتَقَبِّلِ إِقَامَةُ العَمَلِ بِيَدَيْه، بَل لهُ أَنْ يُقِيمَ بِأَعْوَانِه وَأُجَرَائِه، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَيْرُ عَاجِزٍ عَنْ ذَلكَ فَكَانَ العَقْدُ صَحِيحًا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ لوْ عَمِلَ فِي دُكَّانٍ وَالآخَرُ فِي دُكَّانٍ آخَرَ لا يَتَفَاوَتُ الحَالُ وَهُوَ ظَاهِرٌ. فَإِنْ قِيل: قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ مِنْ الفُرُوعِ المُتَرَتِّبَة عَلى أَصْلِ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ فِي مَسْأَلة الخَلطِ أَنَّ شَرِكَةَ التَّقَبُّل لا تَجُوزُ فَكَيْفَ يَصِحُّ قَوْلُ زُفَرَ مَعَ مَالِكٍ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي جَوَازِهَا إِذَا كَانَتْ الأَعْمَالُ مُتَّفِقَةً؟ أُجِيبَ بِأَنَّ زُفَرَ لهُ فِي هَذه المَسْأَلة أَعْنِي الخَلطَ قَوْلانِ، فَذَكَرَ المُصَنِّفُ فِي تِلكَ المَسْأَلة حُكْمَ الرِّوَايَةِ التِي يُشْتَرَطُ فِيهَا خَلطُ المَال، وَذَكَرَ هُنَا حُكْمَ الرِّوَايَةِ التِي لا يُشْتَرَطُ وَلَكِنْ أَطْلَقَ فِي اللفْظِ وَلَمْ يَذْكُرْ اخْتِلافَ الرِّوَايَتَيْنِ فَيُرَى ظَاهِرُهُ مُتَنَاقِضًا.

(وَلو شَرَطَا العَمَلَ نِصفَينِ وَالمَال أَثلاثًا جَازَ) وَفِي القِيَاسِ: لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدرِ العَمَلِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيهِ رِبحُ مَا لم يُضمَن فَلم يَجُز العَقدُ لتَأدِيَتِهِ إِليهِ، وَصَارَ

كَشَرِكَةِ الوُجُوهِ، وَلكِنَّا نَقُولُ: مَا يَأخُذُهُ لا يَأخُذُهُ رِبحًا لأنَّ الرِّبحَ عِندَ اتِّحَادِ الجِنسِ، وَقَد اختَلَفَ لأنَّ رَأسَ المَال عَمَلٌ وَالرِّبحَ مَالٌ فَكَانَ بَدَلَ العَمَلِ وَالعَمَلُ يُتَقَوَّمُ بِالتَّقوِيمِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِ مَا قُوِّمَ بِهِ فَلا يَحرُمُ، بِخِلافِ شَرِكَةِ الوُجُوهِ؛ لأنَّ جِنسَ المَال مُتَّفِقٌ وَالرِّبحُ يَتَحَقَّقُ فِي الجِنسِ المُتَّفِقِ، وَرِبحُ مَا لم يُضمَن لا يَجُوزُ إلا فِي المُضَارَبَةِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلوْ شَرَطَا العَمَل نِصْفَيْنِ) أَيْ إذَا **شَرَطَا فِي شَرِكَةِ التَّقَبُّل وَلَمْ يَكُنْ مُفَاوَضَةً أَنْ يَكُونَ العَمَلُ نِصْفَيْنِ وَالرِّبْحُ الحَاصِلُ أَثْلاثًا** جَازَ اسْتِحْسَانًا. وَالقِيَاسُ أَنْ لا تَصِحَّ لأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ مَا شُرِطَ عَلَيْهِ مِنْ العَمَل فَالزِّيَادَةُ عَليْه رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلمْ يَجُزْ العَقْدُ لِتَأْدِيَتِهِ إليْه: أَيْ إلى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَصَارَ كَشَرِكَة الوُجُوه فِي أَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهَا فِي الرِّبْحِ لا يَجُوز إذَا كَانَ المُشْتَرَى بَيْنَهُمَا عَلى السَّوَاءِ، وَأَمَّا إذَا اشْتَرَطَا التَّفَاوُتَ فِي مِلكِ المُشْتَرَى فَيَجُوزُ التَّفَاوُتُ حِينَئِذٍ فِي الرِّبْحِ فِي شَرِكَة الوُجُوه أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ (وَلكِنَّا نَقُولُ) بَيَانُ وَجْه الاسْتِحْسَان مَا يَأْخُذُهُ كُلٌّ مِنْ الشَّرِيكَيْنِ لا يَأْخُذُ رِبْحًا، لأَنَّ الرِّبْحَ إنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ اتِّحَاد الجِنْسِ وَلِهَذَا قَالُوا: لوْ **اسْتَأْجَرَ دَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ ثُمَّ آجَرَهَا بِثَوْبٍ يُسَاوِي خَمْسَةَ عَشَرَ** جَازَ لِمَا أَنَّ الرِّبْحَ لا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ اخْتِلاف الجِنْسِ وَالجِنْسُ فِيمَا نَحْنُ فِيه لَمْ يَتَّحِدْ لأَنَّ رَأْسَ المَال عَمَلٌ وَالرِّبْحَ مَالٌ فَكَانَ مَا يَأْخُذُهُ بَدَل العَمَل وَالعَمَلُ يَتَقَوَّمُ بِالتَّقْوِيمِ، فَإِذَا رَضِيَا بِقَدْرٍ مُعَيَّنٍ كَانَ ذَلكَ مِنْهُمَا تَقْوِيمًا للعَمَل فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ مَا قُوِّمَ به وَلا يَحْرُمُ لأَنَّهُ لَمْ يُؤَدِّ إلى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، بِخلاف شَرِكَة الوُجُوه لأَنَّ جِنْسَ المَال مُتَّفِقٌ وَهُوَ الثَّمَنُ الوَاجِبُ فِي ذِمَّتِهِمَا دَرَاهِمَ كَانَتْ أَوْ دَنَانِيرَ وَالرِّبْحُ يَتَحَقَّقُ فِي الجِنْسِ المُتَّفِقِ. وَقَوْلُهُ (وَرِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ) تَقْدِيرُهُ لو جَازَ اشْتِرَاطُ زِيَادَة الرِّبْحِ كَانَ رِبْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَذَلكَ لا يَجُوزُ إلا فِي المُضَارَبَة، وَإِنَّمَا جَازَ فِيهَا لوُقُوعه بِمُقَابَلة العَمَل فِي جَانِبِ المُضَارِب وَبِمُقَابَلة المَال فِي جَانِبِ رَبِّ المَال وَليْسَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فِي شَرِكَة الوُجُوه وَلا الضَّمَان بِمُقَابَلة الرِّبْحِ مَوْجُودًا فَيلزَمُ فِيهَا رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلا يَجُوزُ.

قَال (وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مِن العَمَل يَلزَمُهُ وَيَلزَمُ شَرِيكَهُ) حَتَّى إنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا يُطَالبُ بِالعَمَل وَيُطَالبُ بِالأجرِ (وَيَبرَأ الدَّافِعُ بِالدَّفعِ إليهِ) وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي

المُفَاوَضَةِ وَفِي غَيرِهَا استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ خِلافُ ذَلكَ لأَنَّ الشَّرِكَةَ وَقَعَت مُطلقَةً وَالكَفَالَةُ مُقتَضَى المُفَاوَضَةِ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ هَذِهِ الشَّرِكَةَ (مُقتَضِيَةٌ للضَّمَانِ)؛ أَلا تَرَى أَنَّ مَا يَتَقَبَّلُهُ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مِن العَمَلِ مَضمُونٌ عَلَى الآخَرِ، وَلِهَذَا يَستَحِقُّ الأَجرَ بِسَبَبِ نَفَاذِ تَقَبُّلِهِ عَليهِ فَجَرَى مَجرَى المُفَاوَضَةِ فِي ضَمَانِ العَمَلِ وَاقتِضَاءِ البَدَلِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلٌّ وَاحِد منْهُمَا منْ العَمَل يَلزَمُهُ وَيَلزَمُ شَرِيكَهُ) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالدَّفْعِ إليْه) أَيْ يَبْرَأُ دَافِعُ الأُجْرَة إلى كُل وَاحِد منْ الشَّرِيكَيْنِ، قيل فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ منْ كُلٍّ منْ الشَّرِيكَيْنِ بِالدَّفْعِ إلَيْه: أَيْ إلى صَاحِبِ الثَّوْب مَثَلا لوْ أَخَذَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ثوْبًا للصَّبْغِ ثُمَّ دَفَعَ الآخَرُ الثَّوْبَ مَصْبُوغًا إلى صَاحبه بَرِئَ منْ الضَّمَان. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) إشَارَةٌ إلى لُزُومِ العَمَل عَلى كُل وَاحد منْهُمَا وَهُوَ مَعْنَى الكَفَالَة (ظَاهِرٌ فِي المُفَاوَضَة وَفِي غَيْرِهَا) وَهُوَ العنَانُ (اسْتحْسَانٌ) أَيْ مَعْنَى الكَفَالَة بِطَرِيق الاسْتحْسَان. وَالقيَاسُ خلافُ ذَلكَ لأَنَّ الشَّرِكَةَ وَقَعَتْ مُطْلقَةً عَنْ ذكْرِ الكَفَالَة وَلَيْسَتْ الكَفَالَةُ منْ مُقْتَضَاهَا حَتَّى تَثْبُتَ وَإِنْ لَمْ تُذْكَرْ، وَإِنَّمَا هِيَ مُقْتَضَى المُفَاوَضَة فَلا يَثْبُتُ مَعَهَا مَا ليْسَ منْ مُقْتَضَاهَا بِدُون التَّصْرِيح بذكْرِه (وَجْهُ الاسْتحْسَان أَنَّ هَذه الشَّرِكَةَ مُقْتَضِيَةٌ للضَّمَان، أَلا تَرَى أَنَّ مَا يَتَقَبَّلُهُ كُلٌّ وَاحد منْهُمَا منْ العَمَل مَضْمُونٌ عَلى الآخَرِ (وَلهَذَا) أَيْ وَلكَوْن العَمَل مَضْمُونًا (يَسْتحقُّ الأَجْرَ بِسَبَب نَفَاذ تَقَبُّله) أَيْ تَقَبُّل صَاحبه (عَلَيْه) وَلوْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا عَلَيْه لمَا اُسْتُحِقَّ الأَجْرُ لأَنَّ الغُرْمَ بإزَاءِ الغُنْمِ، فَإِذَا كَانَ كَذَلكَ (جَرَى) هَذَا العَقْدُ (مَجْرَى المُفَاوَضَة فِي ضَمَان العَمَل وَاقْتضَاءِ البَدَل) وَفي وَجْه الاسْتحْسَان مُصَادَرَةٌ عَلى المَطْلُوب فَتَأَمَّل، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِجَرَيَانه مَجْرَى المُفَاوَضَة فِي هَذَيْنِ الشَّيْئَيْنِ لأَنَّ فيمَا عَدَا ذَلكَ لَمْ يَجْرِ هَذَا العَقْدُ مَجْرَاهَا حَتَّى قَالُوا: إذَا أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِدَيْنٍ منْ ثَمَنِ أُشْنَان أَوْ صَابُون أَوْ أَجْرِ أَجِيرٍ أَوْ أُجْرَة بَيْت لمُدَّة مَضَتْ لَمْ يُصَدَّقْ عَلى صَاحبه إلا بِبَيِّنَة، وَتَلزَمُهُ خَاصَّةً لأَنَّ التَّنْصِيصَ عَلى المُفَاوَضَة لَمْ يُوجَدْ، وَنَفَاذُ الإقْرَار يُوجبُ المُفَاوَضَةَ.

قَال (وَأَمَّا شَرِكَةُ الوُجُوهِ فَالرَّجُلانِ يَشتَرِكَانِ وَلا مَال لهُمَا عَلى أَن يَشتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا وَيَبِيعَا فَتَصِحُّ الشَّرِكَةُ عَلى هَذَا) سُمِّيَت بِهِ لأَنَّهُ لا يَشتَرِي بِالنَّسِيئَةِ إلا مَن

كَانَ لهُ وَجَاهَةٌ عِندَ النَّاسِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةً لأنَّهُ يُمكِنُ تَحقِيقُ الكَفَالةِ وَالوَكَالةِ فِي الأبدَال، وَإِذَا أُطلقَت تَكُونُ عِنَانًا لأنَّ مُطلقَهُ يَنصَرِفُ إليهِ وَهِيَ جَائِزَةٌ عِندَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ، وَالوَجهُ مِن الجَانِبَينِ مَا قَدَّمنَاهُ فِي شَرِكَةِ التَّقَبُّل. قَال (وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا وَكِيلُ الآخَرِ فِيمَا يَشتَرِيهِ) لأنَّ التَّصَرُّفَ عَلى الغَيرِ لا يَجُوزُ إلا بِوَكَالةٍ أَو بِوِلايَةٍ وَلا وِلايَةَ فَتَتَعَيَّنُ الوَكَالةُ (فَإِن شَرَطَا أَنَّ المُشتَرَى بَينَهُمَا نِصفَانِ وَالرِّبحَ كَذَلكَ يَجُوزُ، وَلا يَجُوزُ أَن يَتَفَاضَلا فِيهِ، وَإِن شَرَطَا أَن يَكُونَ المُشتَرَى بَينَهُمَا أَثلاثًا فَالرِّبحُ كَذَلكَ)، وَهَذَا لأنَّ الرِّبحَ لا يُستَحَقُّ إلا بِالمَال أَو العَمَل أَو بِالضَّمَانِ فَرَبُّ المَال يَستَحِقُّهُ بِالمَال، وَالمُضَارِبُ يَستَحِقُّهُ بِالعَمَل، وَالأُستَاذُ الذِي يُلقِي العَمَل عَلى التِّلمِيذِ بِالنِّصفِ بِالضَّمَانِ، وَلا يُستَحَقُّ بِمَا سِوَاهَا؛ أَلا تَرَى أَنَّ مَن قَال لغَيرِهِ تَصَرَّف فِي مَالكِ عَلى أَنَّ لي رِبحَهُ لم يَجُز لعَدَمِ هَذِهِ المَعَانِي. وَاستِحقَاقُ الرِّبحِ فِي شَرِكَةِ الوُجُوهِ بِالضَّمَانِ عَلى مَا بَيَّنَّا وَالضَّمَانُ عَلى قَدرِ المِلكِ فِي المُشتَرَى وَكَانَ الرِّبحُ الزَّائِدُ عَليهِ رِبحَ مَا لم يُضمَن فَلا يَصِحُّ اشتِرَاطُهُ إلا فِي المُضَارَبَةِ وَالوُجُوهُ لَيسَت فِي مَعنَاهَا، بِخِلافِ العِنَانِ؛ لأَنَّهُ فِي مَعنَاهَا مِن حَيثُ أَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا يَعمَلُ فِي مَال صَاحِبِهِ فَيُلحَقُ بِهَا، وَاَللهُ أَعلَمُ.

الشرح:

قَال (وَأَمَّا **شَرِكَةُ الوُجُوه** فَالرَّجُلانِ يَشْتَرِكَانِ شَرِكَةَ الوُجُوه) وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلانِ وَلا مَال لهُمَا (عَلى أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا) أَيْ بِوَجَاهَتِهِمَا وَأَمَانَتِهِمَا عِنْدَ النَّاسِ صَحِيحَةٌ عِنْدَنَا (عَلى هَذَا) أَيْ عَلى كَوْنِهِمَا يَشْتَرِيَانِ بِوُجُوهِهِمَا: أَيْ سُمِّيَتْ شَرِكَةَ الوُجُوهِ لأَنَّهُ لا يَشْتَرِي بِالنَّسِيئَةِ إلا مَنْ لهُ وَجَاهَةٌ عِنْدَ النَّاسِ، وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةً إذَا كَانَ الرَّجُلانِ مِنْ أَهْلِ الكَفَالة لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يُمْكِنُ تَحْقِيقُ الوَكَالة وَالكَفَالةُ فِي الأَبْدَال: أَيْ الثَّمَنِ وَالمُثَمَّنِ، فَيَكُونُ ثَمَنُ المُشْتَرَى عَلى كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ وَيَكُونُ المُشْتَرَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَلا بُدَّ مِنْ التَّلفُّظ بِلفْظ المُفَاوَضَة أَوْ بِمَا قَامَ مَقَامَهُ كَمَا تَقَدَّمَ. وَإِذَا أُطْلقَتْ كَانَتْ عِنَانًا لأَنَّ المُطْلقَ يَنْصَرِفُ إليْه لكَوْنه المُعْتَادَ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ وَهِيَ أَيْ شَرِكَةُ الوُجُوه جَائِزَةٌ عِنْدَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ وَالوَجْهُ مِنْ الجَانِبَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي شَرِكَة التَّقَبُّل وَهِيَ أَنَّ الرِّبْحَ عِنْدَهُ فَرْعُ المَال، فَإِذَا لمْ يُوجَدْ المَالُ لمْ تَنْعَقِدْ الشَّرِكَةُ. وَقُلنَا إنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ مُسْتَنِدَةٌ إلى العَقْدِ إلى آخِرِه (قَوْلُهُ وَلا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلا فِيه) أَيْ

فِي الرِّبْحِ، وَإِنْ شُرِطَ لأَحَدِهِمَا الفَضْلُ بَطَلَ الشَّرْطُ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ ضَمَانِهِمَا (قَوْلُهُ وَهَذَا) إشَارَةٌ إلى تَحَتُّمِ المُسَاوَاةِ فِي اشْتِرَاطِ الرِّبْحِ (قَوْلُهُ بِالنِّصْفِ) قَيْدٌ اتِّفَاقِيٌّ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُلقِيَ بِأَقَل مِنْ النِّصْف وَلا يَسْتَحِقُّ بِمَا سِوَاهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لِمَ لا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَحِقَّ الزِّيَادَةَ لِزِيَادَةِ اهْتِدَائِه وَمَتَانَةِ رَأْيِه وَتَدْبِيرِه فِي الأُمُورِ العَامَّةِ وَالخَاصَّةِ وَعِلْمِه بِالتِّجَارَةِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ اشْتِرَاطَ الزِّيَادَةِ فِي الرِّبْحِ بِزِيَادَةِ العَمَلِ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ فِي مَالٍ مَعْلُومٍ كَمَا فِي العِنَانِ وَالمُضَارَبَةِ وَلَمْ يُوجَدْ هُنَا (وَقَوْلُهُ أَلا تَرَى) تَوْضِيحٌ لِقَوْلِهِ وَلا يَسْتَحِقُّ بِمَا سِوَاهَا (قَوْلُهُ وَاسْتِحْقَاقُ الرِّبْحِ فِي شَرِكَةِ الوُجُوه) عَوْدٌ إلى المَبْحَثِ لإِتْمَامِ المَطْلُوبِ يَعْنِي أَنَّ صُورَةَ النِّزَاعِ اسْتِحْقَاقُ الرِّبْحِ فِيهَا بِالضَّمَانِ لا بِالمَالِ وَلا بِالعَمَلِ (قَوْلُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) قِيل هُوَ إشَارَةٌ إلى مَا ذَكَرَهُ فِي شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ بِقَوْلِه لأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ العَمَلِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْه رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ.

وَقِيل هُوَ إشَارَةٌ إلى قَوْلِه بِخِلافِ شَرِكَةِ الوُجُوه لأَنَّ جِنْسَ المَال مُتَّفِقٌ إلخ. وَتَقْرِيرُ كَلامِه: اسْتِحْقَاقُ الرِّبْحِ فِي شَرِكَةِ الوُجُوه بِالضَّمَانِ وَالضَّمَانُ عَلَى قَدْرِ المِلكِ فِي المُشْتَرَى فَكَانَ الرِّبْحُ الزَّائِدُ عَلَيْه رِبْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَلا يَصِحُّ اشْتِرَاطُهُ إلا فِي المُضَارَبَةِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ فِيهَا لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ وُجُوه مُقَابَلَتِه بِالمَالِ وَالعَمَلِ وَالوُجُوه: أَيْ شَرِكَةُ الوُجُوه لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا لأَنَّ المَال فِيهَا مَضْمُونٌ عَلَى كُل وَاحِدٍ مِنْ الشَّرِيكَيْنِ، وَأَمَّا المَالُ فِي المُضَارَبَةِ فَلَيْسَ بِمَضْمُون عَلَى المُضَارِبِ وَلا العَمَلُ عَلَى رَبِّ المَالِ، بِخِلافِ العِنَانِ لأَنَّهُ فِي مَعْنَاهَا مِنْ حَيْثُ إنَّ كُل وَاحِد يَعْمَلُ فِي مَال صَاحِبِه كَالمُضَارِبِ يَعْمَلُ فِي مَال رَبِّ المَال فَيُلحَقُ بِهَا. قِيل فِيه نَظَرٌ لأَنَّ رِبْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ لوْ جَازَ فِي العِنَان لِشُبْهَةِ المُضَارَبَةِ لَصَحَّتْ **الشَّرِكَةُ بِالعُرُوضِ فِي العِنَان** لأَنَّ العِنَانَ مُشَبَّهٌ بِالمُضَارَبَةِ فَكَانَ عِلةُ تَجْوِيزِ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ مَوْجُودَةً، لكِنْ لا يَجُوزُ ذَلِكَ لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ يُؤَدِّي إلى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ.

وَالجَوَابُ أَنَّ العِنَانَ بِالعُرُوضِ لوْ كَانَ مُؤَدِّيًا إلى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ فَقَطْ لاغْتَفَرْنَاهُ، وَلكِنْ انْضَمَّ إلى ذَلِكَ جَهَالةُ رَأْسِ المَال وَالرِّبْحِ عِنْدَ القِسْمَةِ، وَلَيْسَ فِي المُضَارَبَةِ مَا يَقْتَضِي اعْتِقَادَهُ حَتَّى يُلحَقَ بِه، وَهَذَا الجَوَابُ يَنْزِعُ إلى تَخْصِيصِ العِلةِ: فَإِمَّا أَنْ يَلتَزِمَ مَسَاغَهُ. أَوْ يُصَارَ إلى مُخَلصِهِ المَعْلُومِ فِي الأُصُول.

فَصلٌ فِي الشَّرِكَةِ الفَاسِدَةِ

(وَلا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي الاحتِطَابِ وَالاصطِيَادِ، وَمَا اصطَادَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَو احتَطَبَهُ فَهُوَ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ)، وَعَلَى هَذَا الاشتِرَاكُ فِي أَخذِ كُلِّ شَيءٍ مُبَاحٍ؛ لأَنَّ الشَّرِكَةَ مُتَضَمِّنَةٌ مَعنَى الوَكَالَةِ، وَالتَّوكِيلُ فِي أَخذِ المَالِ المُبَاحِ بَاطِلٌ لأَنَّ أَمرَ المُوَكِّلِ بِهِ غَيرُ صَحِيحٍ، وَالوَكِيلُ يَملِكُهُ بِدُونِ أَمرِهِ فَلا يَصلُحُ نَائِبًا عَنهُ، وَإِنَّمَا يَثبُتُ المِلكُ لَهُمَا بِالأَخذِ وَإِحرَازِ المُبَاحِ، فَإِن أَخَذَاهُ مَعًا فَهُوَ بَينَهُمَا نِصفَانِ لاستِوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الاستِحقَاقِ، وَإِن أَخَذَهُ أَحَدُهُمَا وَلَم يَعمَلِ الآخَرُ شَيئًا فَهُوَ لِلعَامِلِ، وَإِن عَمِلَ أَحَدُهُمَا وَأَعَانَهُ الآخَرُ فِي عَمَلِهِ بِأَن قَلَعَهُ أَحَدُهُمَا وَجَمَعَهُ الآخَرُ، أَو قَلَعَهُ وَجَمَعَهُ وَحَمَلَهُ الآخَرُ فَلِلمُعِينِ أَجرُ المِثلِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِندَ مُحَمَّدٍ. وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ لا يُجَاوَزُ بِهِ نِصفُ ثَمَنِ ذَلِكَ، وَقَد عُرِفَ فِي مَوضِعِهِ.

الشرح:

(فَصلٌ فِي الشَّرِكَةِ الفَاسِدَةِ): وَجْهُ فَصْلِ الفَاسِدِ عَنْ الصَّحِيحِ وَتَأْخِيرُهُ عَنْهُ لا يَخْفَى عَلَى أَحَدٍ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. قَوْلُهُ لأَنَّ أَمْرَ المُوَكِّلِ بِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ) وَالوَكِيلُ يَمْلِكُهُ دَلِيلانِ عَلَى المَطْلُوبِ. تَقْرِيرُ الأَوَّلِ المُدَّعِي أَنَّ التَّوْكِيلَ فِي أَخْذِ المُبَاحِ بَاطِلٌ لأَنَّهُ يَقْتَضِي صِحَّةَ أَمْرِ المُوَكِّلِ بِمَا وُكِّلَ بِهِ وَهُوَ أَخْذُ المُبَاحِ، وَأَمْرُ المُوَكِّلِ بِأَخْذِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ لأَنَّهُ صَادَفَ غَيْرَ مَحَلِّ وِلايَتِهِ. وَتَقْرِيرُ الثَّانِي التَّوْكِيلُ بِأَخْذِ المُبَاحِ بَاطِلٌ لأَنَّ الوَكِيلَ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِ المُوَكِّلِ، وَمَنْ تَمَلَّكَ شَيْئًا بِدُونِ أَمْرِ المُوَكِّلِ لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ نَائِبًا عَنْهُ لأَنَّ التَّوْكِيلَ إِثْبَاتُ وِلايَةِ التَّصَرُّفِ فِيمَا هُوَ ثَابِتٌ لِلمُوَكِّلِ وَلَيْسَ بِثَابِتٍ لِلوَكِيلِ، وَهَذَا المَعْنَى لا يَتَحَقَّقُ فِيمَنْ يَمْلِكُ بِدُونِ أَمْرِهِ لِئَلا يَلْزَمَ إِثْبَاتُ الثَّابِتِ.

وَنُوقِضَ الثَّانِي بِالتَّوْكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ، فَإِنَّ الوَكِيلَ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِ المُوَكِّلِ بِالشِّرَاءِ لِنَفْسِهِ قَبْلَ التَّوْكِيلِ وَبَعْدَهُ وَمَعَ ذَلِكَ صَلُحَ أَنْ يَكُونَ نَائِبًا عَنْ المُوَكِّلِ. وَالجَوَابُ أَنَّ مَعْنَاهُ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِ المُوَكِّلِ بِلا عَقْدٍ، وَصُورَةُ النَّقْضِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ لا يَمْلِكُهُ إِلا بِالشِّرَاءِ. وَقَوْلُهُ (فَلِلمُعَيَّنِ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لا يَتَجَاوَزُ بِهِ نِصْفَ ثَمَنِ ذَلِكَ وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ) أَيْ فِي كِتَابِ الشَّرِكَةِ مِنْ المَبْسُوطِ. قِيلَ تَقْدِيمُ ذِكْرِ مُحَمَّدٍ عَلَى أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي الكِتَابِ، وَكَذَا

تَقْديمُ دَليل أَبِي يُوسُفَ عَلى دَليل مُحَمَّدٍ فِي المَبْسُوطِ دَليلٌ عَلى أَنَّهُمْ اخْتَارُوا قَوْل مُحَمَّد.

وَجْهُ قَوْل أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ رَضِيَ بِنصْفِ المَجْمُوعِ وَإِنْ كَانَ ذَلكَ مَجْهُولا فِي الحَال لأَنَّهُ يُعْلَمُ فِي المَآل وَكَانَتْ جَهَالَتُهُ عَلى شَرَفِ الزَّوَال فَإِنَّهُ بِعَرْضِيَّة أَنْ يَصيرَ مَعْلُومًا عِنْدَ الجَمْعِ، فَإِذَا كَانَ رَاضِيًا فِي الابْتِدَاءِ بِنِصْفِ المَجْمُوعِ وَقَدْ فَسَدَ العَقْدُ كَانَ رَاضِيًا بِنِصْفِ ثَمَنِ المَجْمُوعِ فِي الانْتِهَاءِ فَلا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَهُ لأَنَّهُ يُعْتَبَرُ رِضَاهُ فِي إسْقَاطِ حَقِّه عَنْ مُطَالبَة الزِّيَادَة.

وَوَجْهُ قَوْل مُحَمَّد أَنَّهُ لا يُمْكِنُ تَقْرِيرُهُ أَيْ تَقْرِيرُ أَجْرِ المِثْل بِنِصْفِ قِيمَةِ المَجْمُوعِ لأَنَّهُ مَجْهُولٌ جَهَالَةً مُتَفَاحِشَةً جِنْسًا وَقَدْرًا حَيْثُ لا يُدْرَى أَيَّ نَوْعٍ مِنْ الحَطَبِ يُصِيبَان وَأَيَّ قَدْرٍ مِنْهُ يَجْمَعَان، وَلا يَدْرِيَان أَيْضًا هَل يَجِدَان مَا عَقَدَا عَلَيْهِ عَقْدَ الشَّرِكَة أَوْ لا يَجِدَانه، فَإِذَا كَانَ كَذَلكَ لا يُمْكِنُ أَنْ يُقَال إنَّ المُعَيَّنَ رَضِيَ بِنِصْفِ المُسَمَّى مِنْ الحَطَبِ أَوْ غَيْرِه لأَنَّ الرِّضَا بِالمَجْهُول لا يَتَحَقَّقُ فَيَجِبُ الأَجْرُ بَالغًا مَا بَلغَ، أَلا يُرَى أَنَّهُ لوْ أَعَانَهُ عَليْهِ فَلَمْ يُصِيبَا شَيْئًا كَانَ لهُ الأَجْرُ بَالغًا مَا بَلغَ فَهَاهُنَا أَوْلى لأَنَّهُمَا أَصَابَا.

قَال: (وَإِذَا اشتَرَكَا وَلأَحَدِهِمَا بَغلٌ وَللآخَرِ رَاوِيَةٌ يَستَقِي عَلَيهَا المَاءَ فَالكَسبُ بَينَهُمَا لم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ، وَالكَسبُ كُلُّهُ للذِي استَقَى، وَعَلَيهِ أَجرُ مِثل الرَّاوِيَةِ إن كَانَ العَامِلُ صَاحِبَ البَغل، وَإِن كَانَ صَاحِبَ الرَّاوِيَةِ فَعَلَيهِ أَجرُ مِثل البَغل) أَمَّا فَسَادُ الشَّرِكَةِ فَلانعِقَادِهَا عَلَى إحرَازِ المُبَاحِ وَهُوَ المَاءُ، وَأَمَّا وُجُوبُ الأَجرِ فَلأَنَّ المُبَاحَ إذَا صَارَ مِلكًا للمُحرِزِ وَهُوَ المُستَقِي، وَقَد استَوفَى مَنَافِعَ مِلكِ الغَيرِ وَهُوَ البَغلُ أَو الرَّاوِيَةُ بِعَقدٍ فَاسِدٍ فَيَلزَمُهُ أَجرُهُ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا اشْتَرَكَا وَلأَحَدهمَا بَغْلٌ وَللآخَرِ رَاوِيَةٌ) الرَّاوِيَةُ فِي الأَصْل بَعيرُ السِّقَاء لأَنَّهُ يَرْوِي المَاءَ: أَيْ يَحْمِلُهُ ثُمَّ كَثُرَ حَتَّى اُسْتُعْمِل فِي المَزَادَة وَهِيَ المُرَادَةُ هُنَا. قَال أَبُو عُبَيْدَةَ: المَزَادَةُ لا تَكُونُ إلا مِنْ جِلدَيْنِ يُقَامُ بِجِلدٍ ثَالث بَيْنَهُمَا ليَتَّسِعَ وَالجَمْعُ مَزَادٌ وَمَزَايِدُ.

(وَكُلُّ شَرِكَةٍ فَاسِدَةٍ فَالرِّبحُ فِيهِمَا عَلَى قَدرِ المَالِ، وَيَبطُلُ شَرطُ التَّفَاضُلِ) لأَنَّ الرِّبحَ فِيهِ تَابِعٌ لِلمَالِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدرِهِ، كَمَا أَنَّ الرَّيعَ تَابِعٌ لِلبَذرِ فِي الزِّرَاعَةِ، وَالزِّيَادَةُ إِنَّمَا تُستَحَقُّ بِالتَّسمِيَةِ، وَقَد فَسَدَت فَبَقِيَ الاستِحقَاقُ عَلَى قَدرِ رَأسِ المَالِ

الشرح:

وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الرِّبْحَ فِيهِ تَابِعٌ لِلمَالِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ) فِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّ الرِّبْحَ عِنْدَنَا فَرْعٌ لِلعَقْدِ كَمَا مَرَّ، وَكُلُّ فَرْعٍ تَابِعٌ، وَكَوْنُهُ تَابِعًا لِلمَالِ إِنَّمَا هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ كَمَا تَقَدَّمَ فَكَانَ الكَلَامُ مُتَنَاقِضًا. وَالجَوَابُ أَنَّهُ تَابِعٌ لِلعَقْدِ إِذَا كَانَ العَقْدُ مَوْجُودًا، وَهَاهُنَا قَدْ فَسَدَ العَقْدُ فَيَكُونُ تَابِعًا لِلمَالِ لأَنَّهُ شَرْطٌ، فَإِنَّ العلة إِذَا لَمْ تَصْلُحْ لإِضَافَةِ الحُكْمِ إِلَيْهَا تُضَافُ إِلى الشَّرْطِ. وَالرِّيعُ عِبَارَةٌ عَنْ الزِّيَادَة، يُقَالُ: أَخرَجَتْ الأَرْضُ رِيعًا: أَيْ غَلةً لأَنَّهَا زِيَادَةٌ.

(وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ أَو ارتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَربِ بَطلَت الشَّرِكَةُ) لأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ الوَكَالَةَ، وَلا بُدَّ مِنهَا لِتَتَحَقَّقَ الشَّرِكَةُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالوَكَالَةُ تَبطُلُ بِالمَوتِ، وَكَذَا بِالالتِحَاقِ مُرتَدًّا إِذَا قَضَى القَاضِي بِلِحَاقِهِ؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ المَوتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ، وَلا فَرقَ بَينَ مَا إِذَا عَلِمَ الشَّرِيكُ بِمَوتِ صَاحِبِهِ أَو لم يَعلم؛ لأَنَّهُ عَزلٌ حُكمِيٌّ، وَإِذَا بَطَلَت الوَكَالَةُ بَطَلَت الشَّرِكَةُ، بِخِلافِ مَا إِذَا فَسَخَ أَحَدُ الشَّرِيكَينِ الشَّرِكَةَ وَمَالُ الشَّرِكَةِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ حَيثُ يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلمِ الآخَرِ لأَنَّهُ عَزلٌ قَصدِيٌّ، وَاللهُ أَعلمُ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) إِشَارَةٌ إِلى مَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ أَحْكَامِ المُرْتَدِّينَ فِي قَوْله وَإِنْ لحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا وَحُكِمَ بِلحَاقه إِلى قَوْله وَلَنَا أَنَّهُ بِاللحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ وَهْم أَمْوَاتٌ فِي حَقِّ أَحْكَامِ الإِسْلامِ إلخْ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ المَوْتَ (عَزْلٌ حُكْمِيٌّ) لكَوْنِ مَوْتِ المُوَكِّل يُوجِبُ عَزْلَ الوَكِيل حُكْمًا لتَحْوِيل ملكه إلى وَرَثَته فَلا يَتَوَقَّفُ حُكْمُهُ عَلَى ثُبُوتِ العِلمِ به. أَلا تَرَى أَنَّ الوَكِيل يَنْعَزِلُ بِمَوْتِ المُوَكِّل وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ بِمَوْته.

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا بَطَلَتْ الوَكَالَةُ بَطَلَتْ الشَّرِكَةُ) مُتَّصِلٌ بِقَوْله وَالوَكَالَةُ تَبطُلُ بِالمَوْتِ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ الوَكَالَةَ تَثْبُتُ فِي ضِمْنِ الشَّرِكَة، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ كَانَتْ تَابِعَةً لهَا، وَلا يَلزَمُ مِنْ بُطْلانِ التَّابِعِ بُطْلانُ المَتْبوعِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الوَكَالةَ تَابِعَةٌ

للشَّرِكَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا شَرْطُهَا لا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ بِدُونِ الوَكَالَةِ، أَشَارَ المُصَنِّفُ إلى ذَلِكَ آنفًا بِقَوْلِهِ وَلا بُدَّ مِنْهَا أَيْ الوَكَالةِ لِتَتَحَقَّقَ الشَّرِكَةُ، وَإِذَا كَانَتْ شَرْطًا لا يَتَحَقَّقُ بَقَاءُ المَشْرُوطِ بِدُونِهِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ) أَيْ الفَسْخَ (عَزْلٌ قَصْدِيٌّ) فَيَتَوَقَّفُ عَلى العِلمِ.

فَصلٌ

وَليسَ لأَحَدِ الشَّرِيكَينِ أَن يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الآخَرِ إلا بِإِذنِهِ، لأَنَّهُ ليسَ مِن جِنسِ التِّجَارَةِ، فَإِن أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا لِصَاحِبِهِ أَن يُؤَدِّيَ زَكَاتَهُ. فَإِن أَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فَالثَّانِي ضَامِنٌ عَلِمَ بِأَدَاءِ الأَوَّلِ أَو لم يَعلم، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: لا يَضمَنُ إِذَا لم يَعلم وَهَذَا إِذَا أَدَّيَا عَلَى التَّعَاقُبِ، أَمَّا إِذَا أَدَّيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ. وَعَلَى هَذَا الاختِلافِ المَأمُورُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى الفَقِيرِ بَعدَمَا أَدَّى الآمِرُ بِنَفسِهِ. لَهُمَا أَنَّهُ مَأمُورٌ بِالتَّمليكِ مِن الفَقِيرِ، وَقَد أَتَى بِهِ فَلا يَضمَنُ لِلمُوَكِّلِ، وَهَذَا لأَنَّ فِي وُسعِهِ التَّمليكَ لا وُقُوعَهُ زَكَاةً لِتَعَلُّقِهِ بِنِيَّةِ المُوَكِّلِ، وَإِنَّمَا يُطلَبُ مِنهُ مَا فِي وُسعِهِ وَصَارَ كَالمَأمُورِ بِذَبحِ دَمِ الإِحصَارِ إِذَا ذَبَحَ بَعدَمَا زَالَ الإِحصَارُ وَحَجَّ الآمِرُ لم يَضمَن المَأمُورُ عَلِمَ أَو لا. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَأمُورٌ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ وَالمُؤَدَّى لم يَقَع زَكَاةً فَصَارَ مُخَالِفًا، وَهَذَا لأَنَّ المَقصُودَ مِن الأَمرِ إِخرَاجُ نَفسِهِ عَن عُهدَةِ الوَاجِبِ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لا يَلتَزِمُ الضَّرَرَ إلا لِدَفعِ الضَّرَرِ، وَهَذَا المَقصُودُ حَصَلَ بِأَدَائِهِ وَعَرِّى أَدَاءَ المَأمُورِ عَنهُ فَصَارَ مَعزُولا عَلِمَ أَو لم يَعلم؛ لأَنَّهُ عَزلٌ حُكمِيٌّ. وَأَمَّا دَمُ الإِحصَارِ فَقَد قِيل هُوَ عَلَى هَذَا الاختِلافِ، وَقِيل بَينَهُمَا فَرقٌ. وَوَجهُهُ أَنَّ الدَّمَ ليسَ بِوَاجِبٍ عَليهِ فَإِنَّهُ يُمكِنُهُ أَن يَصبِرَ حَتَّى يَزُول الإِحصَارُ. وَفِي مَسأَلَتِنَا الأَدَاءُ وَاجِبٌ فَاعتُبِرَ الإِسقَاطُ مَقصُودًا فِيهِ دُونَ دَمِ الإِحصَارِ.

الشرح:

(فَصلٌ): وَلَمَّا كَانَتْ أَحْكَامُ هَذَا الفَصْلِ أَبْعَدَ عَنْ مَسَائِلِ الشَّرِكَةِ مِنْ قَبِيلِ أَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ مَسَائِلِ التِّجَارَةِ أَخَّرَهَا فِي فَصْلٍ عَلَى حِدَةٍ، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ لا يَحْتَاجُ إلى شَرْحٍ سِوَى مَا نَذْكُرُهُ. وَقَوْلُهُ (أَمَّا إِذَا أَدَّيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ) يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لَهُمَا وَقَوْلُهُ (لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لا يَلتَزِمُ الضَّرَرَ) يَعْنِي أَدَاءَ بَعْضِ مَالِهِ عَلَى يَدِ الوَكِيلِ إلا لِدَفْعِ الضَّرَرِ: أَيْ بَقَاءِ الوَاجِبِ فِي ذِمَّتِهِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ) اُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ يُشْكِلُ بِالوَكِيلِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، فَإِنَّ هُنَاكَ إِذَا قَضَى المُوَكِّلُ

بِنَفْسِهِ ثُمَّ قَضَى الوَكِيلُ، فَإِنْ عَلِمَ بِأَدَاءِ المُوَكِّلِ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا، فَقَدْ فَرَّقَ هُنَاكَ بَيْنَ العلمِ وَعَدَمِهِ مَعَ أَنَّهُ حَصَلَ العَزْلُ الحُكْمِيُّ هُنَاكَ أَيْضًا بِأَدَاءِ المُوَكِّلِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ **الوَكِيلَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ مَأْمُورٌ بِأَنْ يَجْعَلَ المُؤَدَّى مَضْمُونًا عَلَى القَابِضِ** عَلَى مَا هُوَ الأَصْلُ، لأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَذَلِكَ يُتَصَوَّرُ بَعْدَ أَدَاءِ المُوَكِّلِ فَلَمْ يَكُنْ أَدَاؤُهُ مُوجِبًا عَزْلَ الوَكِيلِ حُكْمًا فَوَضَحَ الفَرْقُ أَنَّ هُنَاكَ لَوْ لَمْ يُوجِبْ الضَّمَانَ عَلَى الوَكِيلِ بِجَهْلِهِ بِأَدَاءِ المُوَكِّلِ للحقَ المُوَكِّلِ فِيهِ ضَرَرٌ لأَنَّهُ يَتَمَكَّنُ مِنْ اسْتِرْدَادِ المَقْبُوضِ مِنْ القَابِضِ وَتَضْمِينِهِ إِنْ كَانَ هَالِكًا، وَهَاهُنَا لَوْ لَمْ يُوجِبْ الضَّمَانَ أَدَّى إِلَى لَحَاقِ الضَّرَرِ بِالمُوَكِّلِ لأَنَّهُ لا يَتَمَكَّنُ مِنْ اسْتِرْدَادِ الصَّدَقَةِ مِنْ الفَقِيرِ وَلا تَضْمِينِهِ، وَالضَّرَرُ مَدْفُوعٌ فَلِهَذَا وَجَبَ الضَّمَانُ بِكُلِّ حَالٍ.

وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ أَيْضًا بِأَنَّ زَكَاةَ كُلِّ وَاحِدٍ تَسْقُطُ عَنْهُ بَعْدَ أَدَائِهِ فَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ عَزْلُ وَكِيلِهِ، وَحَالَ مَا يُؤَدِّي عَنْهُ الوَكِيلُ لَمْ يَحْكُمْ بِسُقُوطِ الزَّكَاةِ عَنْ مُوَكِّلِهِ فَلَمْ يُوجِبْ عَزْلَ الوَكِيلِ عَنْ الأَدَاءِ. وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ عَنْهُ فِي حَالِ اسْتِقْرَارِ الزَّكَاةِ عَلَى الآمِرِ، وَعِنْدَمَا **يُؤَدِّي المُوَكِّلُ عَنْ نَفْسِهِ الزَّكَاةَ الحَالَةَ حَالَةَ زَوَالِ الزَّكَاةِ وَسُقُوطِهَا عَنْهُ** فَلا تُوصَفُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ أَنَّهَا حَالَةُ اسْتِقْرَارِ الزَّكَاةِ فَكَانَ أَدَاؤُهَا عَلَى غَيْرِ الوَجْهِ المَأْذُونِ فَكَانَ مُخَالِفًا لِمَا أَمَرَهُ فَلِذَلِكَ ضَمِنَ.

وَقَوْلُهُ وَأَمَّا دَمُ الإِحْصَارِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَصَارَ كَالمَأْمُورِ بِذَبْحِ دَمِ الإِحْصَارِ، وَتَقْدِيرُهُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ المَأْمُورَ بِذَبْحِ دَمِ الإِحْصَارِ لا يَضْمَنُ إِذَا ذَبَحَ بَعْدَ زَوَالِ الإِحْصَارِ، وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ لا يَضْمَنُ بِالاتِّفَاقِ لَكِنَّ الفَرْقَ بَيْنَهُمَا أَنَّ دَمَ الإِحْصَارِ لَيْسَ بِوَاجِبٍ أَلْبَتَّةَ لأَنَّهُ لَوْ صَبَرَ إِلَى أَنْ يَزُولَ الإِحْصَارُ لَمْ يُطَالَبْ بِدَمِ الإِحْصَارِ فَلَمْ يَكُنْ أَمْرًا مَقْصُودًا فَلَمْ يُمْكِنْ أَنْ يُقَالَ إِنَّ المَقْصُودَ حَصَلَ بِفِعْلِ المُحْصَرِ قَبْلَ فِعْلِ المَأْمُورِ فَعَرِيَ فِعْلُ المَأْمُورِ عَنْ المَقْصُودِ، بِخِلافِ أَدَاءِ الزَّكَاةِ فَإِنَّهُ وَاجِبٌ وَكَانَ إِسْقَاطُ الوَاجِبِ أَمْرًا مَقْصُودًا، وَقَدْ حَصَلَ هَذَا المَقْصُودُ بِأَدَاءِ الآمِرِ نَفْسِهِ فَعَرِيَ فِعْلُ المَأْمُورِ عَنْ المَقْصُودِ فَيَضْمَنُ.

قَالَ (وَإِذَا أَذِنَ أَحَدُ المُتَفَاوِضَيْنِ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً فَيَطَأَهَا فَفَعَلَ فَهِيَ لَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ) لأَنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً

مِن مَالٍ مُشتَرَكٍ فيَرجِعُ عليهِ صَاحِبُهُ بِنَصِيبِهِ كمَا فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالكِسوَةِ (وَهَذَا) لأنَّ المِلكَ وَاقِعٌ لهُ خَاصَّةً وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ المِلكِ. ولهُ أنَّ الجَارِيَةَ دَخَلت فِي الشَّرِكَةِ عَلى البَتَاتِ جَريًا على مُقتَضَى الشَّرِكَةِ إذ هُمَا لا يَملكَانِ تَغيِيرَهُ فأشبَهَ حَال عَدَمِ الإذنِ، غَيرَ أنَّ الإذنَ يَتَضمَّنُ هِبَةَ نَصِيبِهِ مِنهُ؛ لأنَّ الوَطءَ لا يَحِلُّ إلا بِالمِلكِ، ولا وَجهَ إلى إثبَاتِهِ بِالبَيعِ لمَا بَيَّنَّا أنَّهُ مُخَالِفٌ مُقتَضَى الشَّرِكَةِ فأثبَتنَاهُ بِالهِبَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمنِ الإذنِ، بِخِلافِ الطَّعَامِ وَالكِسوَةِ؛ لأنَّ ذَلكَ مُستَثنَى عَنهَا للضَّرُورَةِ فيَقَعُ المِلكُ لهُ خَاصَّةً بِنَفسِ العَقدِ فكَانَ مُؤَدِّيًا دَينًا عَليهِ مِن مَالِ الشَّرِكَةِ. وَفِي مَسألَتِنَا قَضَى دَينًا عَليهِمَا لمَا بَيَّنَّا (وَللبَائِعِ أن يَأخُذَ بِالثَّمَنِ أيَّهُمَا شَاءَ) بِالاتِّفَاقِ لأنَّهُ دَينٌ وَجَبَ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، وَالمُفَاوَضَةُ تَضَمَّنَت الكَفَالةَ فصَارَ كالطَّعَامِ وَالكِسوَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِذَا أَذِنَ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضَيْنِ) صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ، وَتَقْرِيرُ دَلِيلِهِمَا أَنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ، وَكُلُّ مَنْ فَعَلَ كَذَلِكَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنَصِيبِهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالكِسْوَةِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) بَيَانٌ لِقَوْلِهِ إِنَّهُ أَدَّى دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً لأَنَّ الْمِلْكَ وَاقِعٌ لَهُ خَاصَّةً بِدَلِيلِ حِلِّ وَطْئِهَا، وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ الْمِلْكِ فَكَانَ الدَّيْنُ عَلَيْهِ خَاصَّةً. وَلأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ الْجَارِيَةَ دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى الْبَتَاتِ وَأَدَّى الْمُشْتَرِي ثَمَنَهَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَكُلُّ مَا دَخَلَ فِي الشَّرِكَةِ وَأَدَّى الْمُشْتَرِي ثَمَنَهَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ فَإِنَّهُ لا يَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِشَيْءٍ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا قَبْلَ الإِذْنِ وَأَدَّى ثَمَنَهَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ فَإِنَّهُ لا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ، وَبَيَّنَ دُخُولَهَا فِي الشَّرِكَةِ بِقَوْلِهِ (جَرْيًا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ) أَيْ شَرِكَةِ الْمُفَاوَضَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي دُخُولَ مَا لَيْسَ بِمُسْتَثْنًى كَالطَّعَامِ وَالكِسْوَةِ تَحْتَهَا، وَشِرَاءُ الْجَارِيَةِ لَيْسَ بِمُسْتَثْنًى فَيَدْخُلُ تَحْتَهَا لأَنَّهُمَا لا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ مَعَ بَقَائِهَا، أَلا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ شَرَطَا التَّفَاوُتَ بَيْنَهُمَا فِي مِلْكِ الْمُشْتَرَى لَمْ يُعْتَبَرْ مَعَ بَقَاءِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَتْ وَاقِعَةً عَلَى الشَّرِكَةِ كَيْفَ كَانَ يَحِلُّ وَطْؤُهَا؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ كَانَ يَحِلُّ وَطْؤُهَا كَمَا يَحِلُّ إِذَا وَهَبَهُ نَصِيبَهُ بَعْدَ الشِّرَاءِ بِغَيْرِ إِذْنٍ، وَقَوْلُهُ (غَيْرَ أَنَّ الإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةَ نَصِيبِهِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَأَشْبَهَ حَالَ عَدَمِ الإِذْنِ فَإِنَّهُ كَانَ مِمَّا يُوهِمُ أَنْ يُقَالَ كَيْفَ يُشْبِهُ حَالَ عَدَمِ الإِذْنِ وَهُنَاكَ لَمْ يَحِلَّ وَطْؤُهَا وَبَعْدَ الإِذْنِ يَحِلُّ، فَأَزَالَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ

غَيْرَ أَنَّ الإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةَ نَصِيبِهِ مِنْهُ، لأَنَّ الوَطْءَ لا يَحِلُّ إلا بِالملك، وَلا وَجْهَ إِلى إِثْبَاتِه بِالبَيْعِ: يَعْنِي لا يُمْكِنُ أَنْ يُقَال حَل الوَطْءُ بِنَاءً عَلى أَنَّهُ اشْتَرَى جَمِيعَهَا لِنَفْسِه لما بَيَّنَّا أَنَّهُ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ يُرِيدُ بِه مَا ذَكَرَهُ آنفًا مِنْ قَوْلِه جَرْيًا عَلى مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ فَأَثْبَتْنَاهُ بِالهِبَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ الإِذْنِ، فَكَأَنَّهُ قَال اشْتَرِ جَارِيَةً بَيْنَنَا وَقَدْ وَهَبْت نَصِيبِي مِنْهَا لك فَجَازَتْ الهِبَةُ فِي الشَّائِعِ لأَنَّ الجَارِيَةَ مِمَّا لا تُقْسَمُ، بِخِلاف الطَّعَامِ وَالكِسْوَة حَيْثُ يَقَعُ لِلْمُشْتَرِي خَاصَّةً لأَنَّ ذَلكَ مُسْتَثْنًى عَنْهَا لِلضَّرُورَة فَيَقَعُ الملكُ لهُ خَاصَّةً بِنَفْسِ العَقْدِ فَكَانَ مُؤَدِّيًا دَيْنًا عَلَيْه مِنْ مَال الشَّرِكَةِ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِمَا لما بَيَّنَّا أَنَّهَا دَخَلتْ فِي الشَّرِكَةِ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ مَنْ **قَال أَعْتِقْ عَبْدَك عَنِّي وَلَمْ يَذْكُرْ المَال فَفَعَل** لا يَصِيرُ هِبَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَالعِتْقُ يَقَعُ عَنْ المَأْمُورِ لانْتِفَاءِ القَبْضِ الذِي هُوَ شَرْطُ الهِبَةِ فَكَيْفَ صَارَ هِبَةً فِيمَا نَحْنُ فِيه.

وَالثَّانِي: أَنَّ الملكَ يَثْبُتُ فِي نَصِيبِ الشَّرِكَةِ بِالهِبَةِ حُكْمًا لِلإِذْنِ بِالوَطْءِ، وَالملكُ لا يَثْبُتُ فِي الجَارِيَةِ بِالهِبَةِ حُكْمًا لِلإِحْلال، فَإِنَّ مَنْ **قَال لِغَيْرِه أَحْلَلت لك وَطْءَ هَذِه الجَارِيَةِ** لا تَصِيرُ ملكًا لِلْمُخَاطَبِ حُكْمًا لِلهِبَةِ بِالإِحْلال. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّ ذَلكَ إِنَّمَا لا يَصِيرُ هِبَةً لانْتِفَاءِ القَبْضِ الذِي هُوَ شَرْطُهَا، وَمَا نَحْنُ فِيه لَيْسَ كَذَلكَ لأَنَّهُ يَقْبِضُ بَعْدَ الشِّرَاءِ عَلى الشَّرِكَةِ وَهُوَ وَكِيلٌ ثُمَّ يَقْبِضُهُ لِنَفْسِه. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ المُصَنِّفَ رَحِمَهُ اللهُ أَشَارَ إِلى ذَلكَ بِقَوْلِه فِي ضِمْنِ الإِذْنِ، وَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ الشَّيْءُ ضِمْنًا وَلا يَثْبُتُ قَصْدًا. قَوْلُهُ (وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهُمَا شَاءَ) ظَاهِرٌ، وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ وَإِلَيْهِ المَرْجِعُ وَالمَآبُ.

كِتَابُ الوَقفِ

قَال أَبُو حَنِيفَةَ: لا يَزُولُ مِلكُ الوَاقِفِ عَن الوَقفِ إلا أَن يَحكُمَ بِهِ الحَاكِمُ أَو يُعلقَهُ بِمَوتِهِ فَيَقُول إذَا مِتُّ فَقَد وَقَفت دَارِي عَلَى كَذَا. وَقَال أَبُو يُوسُفَ (يَزُولُ مِلكُهُ بِمُجَرَّدِ القَولِ. وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يَزُولُ حَتَّى يَجعَل لِلوَقفِ وَليًّا وَيُسَلِّمَهُ إليهِ) قَال ﷺ: الوَقفُ لُغَةً هُوَ الحَبسُ تَقُولُ وَقَفت الدَّابَّةَ وَأَوقَفتهَا بِمَعنًى. وَهُوَ فِي الشَّرعِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ: حَبسُ العَينِ عَلَى مِلكِ الوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالمَنفَعَةِ بِمَنزِلَةِ العَارِيَّةِ. ثُمَّ قِيل المَنفَعَةُ مَعدُومَةٌ فَالتَّصَدُّقُ بِالمَعدُومِ لا يَصِحُّ، فَلا يَجُوزُ الوَقفُ أَصلا عِندَهُ، وَهُوَ المَلفُوظُ فِي الأَصل. وَالأَصَحُّ أَنَّهُ جَائِزٌ عِندَهُ إلا أَنَّهُ غَيرُ لازِمٍ بِمَنزِلَةِ العَارِيَّةِ، وَعِندَهُمَا حَبسُ العَينِ عَلَى حُكمِ مُلكِ اللهِ تَعَالى فَيَزُولُ مِلكُ الوَاقِفِ عَنهُ إلى اللهِ تَعَالى عَلَى وَجهٍ تَعُودُ مَنفَعَتُهُ إلى العِبَادِ فَيَلزَمُ وَلا يُبَاعُ وَلا يُوهَبُ وَلا يُورَثُ. وَاللفظُ يَنتَظِمُهُمَا وَالتَّرجِيحُ بِالدَّليل. لهُمَا « قَولُ النَّبِيِّ ﷺ لعُمَرَ ﷺ حِينَ أَرَادَ أَن يَتَصَدَّقَ بِأَرضٍ لهُ تُدعَى ثَمغًا: تَصَدَّق بِأَصلهَا لا يُبَاعُ وَلا يُورَثُ وَلا يُوهَبُ »[1] وَلأَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إلى أَن يَلزَمَ الوَقفُ مِنهُ لِيَصِل ثَوَابُهُ إليهِ عَلى الدَّوَامِ، وَقَد أَمكَنَ دَفعُ حَاجَتِهِ بِإِسقَاطِ المِلكِ وَجَعله للهِ تَعَالى. إذ لهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرعِ وَهُوَ المَسجِدُ فَيُجعَلُ كَذَلِكَ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ « لا حَبسَ عَن فَرَائِضِ اللهِ تَعَالى»[2] وَعَن شُرَيحٍ: جَاءَ مُحَمَّدٌ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بِبَيعِ الحَبِيسِ لأَنَّ المِلكَ بَاقٍ فِيهِ بِدَليل أَنَّهُ يَجُوزُ الانتِفَاعُ بِهِ زِرَاعَةً وَسُكنَى وَغَيرَ ذَلكَ وَالمِلكُ فِيهِ لِلوَاقِفِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ لهُ وِلايَةَ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِصَرفِ غَلاتِهِ إلى مَصَارِفِهَا وَنَصبِ القَوَّامِ فِيهَا إلا أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِمَنَافِعِهِ فَصَارَ شَبِيهَ العَارِيَّةِ، وَلأَنَّهُ يَحتَاجُ إلى التَّصَدُّقِ بِالغَلةِ دَائِمًا وَلا تَصَدُّقَ عَنهُ إلا بِالبَقَاءِ عَلَى مِلكِهِ، وَلأَنَّهُ لا يُمكِنُ أَن يُزَال مِلكُهُ، لا إلى مَالكٍ لأَنَّهُ غَيرُ مَشرُوعٍ مَعَ بَقَائِهِ كَالسَّائِبَةِ. بِخِلافِ الإِعتَاقِ لأَنَّهُ إتلافٌ، وَبِخِلافِ المَسجِدِ لأَنَّهُ جُعِل خَالصًا للهِ تَعَالى وَلهَذَا لا يَجُوزُ الانتِفَاعُ بِهِ، وَهُنَا لم يَنقَطِع حَقُّ العَبدِ عَنهُ فَلم يَصِر خَالصًا للهِ تَعَالى.

قَال ﷺ: قَال فِي الكِتَابِ: لا يَزُولُ مِلكُ الوَاقِفِ إلا أَن يَحكُمَ بِهِ الحَاكِمُ أَو يُعلقَهُ

---

(١) أخرجه البخاري في الوصايا باب ٢٢، ٢٨، ومسلم في الوصية (١٥، ١٦).

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٤/٦٨)، وانظر نصب الراية (٣/٧٣٣).

بِمَوتِهِ، وَهَذَا فِي حُكمِ الحَاكِمِ صَحِيحٌ؛ لأَنَّهُ قَضَاءٌ فِي مُجتَهَدٍ فِيهِ، أَمَّا فِي تَعليقِهِ بِالمَوتِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَزُولُ مِلكُهُ إلا أَنَّهُ تَصَدُّقٌ بِمَنَافِعِهِ مُؤَبَّدًا فَيَصِيرُ بِمَنزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالمَنَافِعِ مُؤَبَّدًا فَيَلزَمُ، وَالمُرَادُ بِالحَاكِمِ المَولى، فَأَمَّا المُحَكَّمُ فَفِيهِ اختِلافُ المَشَايِخِ.

الشرح:

(كِتَابُ الوَقفِ): مُنَاسَبَةُ ذِكْرِ الوَقْفِ بَعْدَ الشَّرِكَةِ هِيَ أَنَّ المَقْصُودَ بِكُلٍّ مِنْهُمَا الانْتِفَاعُ بِمَا يَزِيدُ عَلى أَصْلِ المَالِ، وَهُوَ مَصْدَرُ وَقَفْت الدَّابَّة وُقُوفًا وَوَقَفْتهَا أَنَا يَتَعَدَّى وَلا يَتَعَدَّى، وَوَقَفْت الدَّارَ عَلى المَسَاكِينِ وَقْفًا وَأَوْقَفْتهَا لُغَةٌ رَدِيئَةٌ، وَعَرَّفَهُ شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللهُ بِأَنَّهُ حَبْسُ المَمْلُوك التَّمْليكَ عَنْ الغَيْرِ. وَسَبَبُهُ طَلَبُ الزُّلفَى. **وَشَرْطُهُ** كَوْنُ الوَاقِفِ حُرًّا بَالِغًا عَاقِلا وَكَوْنُ المَحَل غَيْرَ مَنْقُولٍ. وَرُكْنُهُ أَرْضِي هَذِه صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ مُؤَبَّدَةٌ عَلى المَسَاكِين. وَحُكْمُهُ خُرُوجُ الوَقْفِ: أَيْ المَوْقُوف عَنْ مِلك الوَاقِفِ وَعَدَمُ دُخُوله فِي مِلك المَوْقُوف عَلَيْه، وَكَلامُهُ وَاضِحٌ، وَمَا عَرَّفَهُ بِه أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقْتَضِي أَنْ لا يَصِحَّ الوَقْفُ لأَنَّهُ قَالَ: **وَالتَّصَدُّقُ بِالمَنْفَعَة وَالتَّصَدُّقُ بِالمَعْدُومِ** لا يَصِحُّ. وَقَوْلُهُ (وَهُوَ) رَاجِعٌ إلى قَوْله (فَلا يَجُوزُ الوَقْفُ أَصْلا عِنْدَهُ وَهُوَ المَلفُوظُ فِي الأَصْل) يَعْنِي المَبْسُوطَ، وَلكِنَّهُ نَقَلهُ بِالمَعْنَى لا بِعَيْنِ لفْظِه، فَإِنَّ لفْظَ المَبْسُوط: فَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَكَانَ لا يُجِيزُ ذَلكَ، ثُمَّ قَال: فَمُرَادُهُ أَنَّهُ لا يَجْعَلُهُ لازِمًا، فَأَمَّا أَصْلُ الجَوَازِ فَثَابِتٌ عِنْدَهُ كَالعَارِيَّة تُصْرَفُ المَنْفَعَةُ إلى جِهَة الوَقْفِ وَتَبْقَى العَيْنُ عَلى مِلك الوَاقِف فَلهُ أَنْ يَرْجِعَ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَيُورَثُ عَنْهُ، وَلا يَلزَمُ إلا بِطَرِيقَيْنِ: قَضَاءُ القَاضِي بِلُزُومِه لكَوْنه مُجْتَهَدًا فِيه، وَإِخْرَاجُهُ مَخْرَجَ الوَصِيَّة بِأَنْ يَقُول: أَوْصَيْت بِغَلة دَارِي، فَحِينَئِذٍ يَلزَمُ. وَعِنْدَهُمَا هُوَ حَبْسُ العَيْنِ عَلى حُكْمِ مِلك الله تَعَالى، فَيَزُولُ مِلكُ الوَاقِف عَنْهُ إلى الله تَعَالى عَلى وَجْه تَعُودُ المَنْفَعَةُ إلى العِبَاد فَيَلزَمُ وَلا يُبَاعُ وَلا يُورَثُ (قَوْلُهُ وَاللفْظُ) أَيْ **لفْظُ الوَقْف** (يَنْتَظِمُهُمَا): أَيْ يَتَنَاوَلُ مَا قَالهُ أَبُو حَنِيفَةَ هُوَ حَبْسُ العَيْنِ عَلى مِلك الوَاقِف، وَمَا قَالاهُ وَهُوَ حَبْسُ العَيْنِ عَلى حُكْمِ مِلكِ اللهِ تَعَالى انْتِظَامًا وَاحِدًا مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ، فَلا بُدَّ مِنْ دَليلٍ مُرَجِّحٍ.

ثُمَّ ابْتَدَأَ بِبَيَان دَليلهِمَا بِقَوْله: لهُمَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لعُمَرَ ﷺ. رَوَى صَخْرُ بْنُ جُوَيْرِيَةَ عَنْ نَافِعٍ « أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّاب ﷺ كَانَتْ لهُ أَرْضٌ تُدْعَى ثَمْغًا وَكَانَتْ نَخْلا

نَفيسًا، فَقَال عُمَرُ: يَا رَسُول الله إنِّي اسْتَفَدْت مَالا وَهُوَ عِنْدي نَفيسٌ أَفَأَتَصدَّقُ به؟ قَال: **تَصدَّقْ بأَصْله، لا يُبَاعُ وَلا يُوهَبُ وَلا يُورَثُ، وَلكِنْ ليُنْفَقْ مِنْ ثَمَرَته»**، فَتَصدَّقَ به عُمَرُ ﷺ في سَبيل الله وَفي الرِّقَاب وَالضَّيْف وَالمَسَاكين وَابْن السَّبيل وَلذي القُرْبَى منْهُ وَلا جُنَاحَ عَلى مَنْ وَليَهُ أَنْ يَأْكُل بالمَعْرُوف أَوْ يُؤْكل صَديقًا لهُ غَيْرَ مُتَموِّل عَنْهُ، وَهَذه الأَرْضُ كَانَتْ سَهْمَ عُمَرَ ﷺ بخَيْبَرَ حينَ قَسَمَ رَسُولُ الله ﷺ خَيْبَرَ بَيْنَ أَصْحَابه، وَثَمْغٌ لقَبٌ لَهَا وَهيَ بفَتْح الثَّاء المُثَلثَة وَسُكُون الميم وَالغَيْن المُعْجَمَة. وَقَوْلُهُ (إذْ لهُ نَظيرٌ في الشَّرْع وَهُوَ المَسْجدُ) لبَيَان نَفْي اسْتبْعَاد أَنْ تَخرُجَ مِنْ ملك الوَاقف وَلا تَدْخُل في ملك غَيْره، فَإنَّ اتِّخَاذَ المَسْجد لازمٌ بالاتِّفَاق وَهُوَ إخْرَاجٌ لتلكَ البُقْعَة عَنْ ملكه منْ غَيْر أَنْ تَدْخُل في ملك أَحَد وَلكنَّهَا تَصيرُ مَحْبُوسَةً لنَوْع قُرْبَة قَصَدَهَا فَكَذَلكَ في الوَقْف. وَلأَبي حَنيفَةَ قَوْلُهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ « **لا حَبْسَ عَنْ فَرَائض الله** » أَيْ لا مَال يُحْبَسُ بَعْدَ مَوْت صَاحبه عَنْ القسْمَة بَيْنَ وَرَثَته، لكنَّهُمْ يَحْملُونَ هَذَا الأَثَرَ عَلى مَا كَانَ عَلَيْه أَهْلُ الجَاهليَّة منْ البَحيرَة وَالسَّائبَة وَالوَصيلة وَالحَامي، وَيَقُولُونَ الشَّرْعُ أَبْطَل ذَلكَ كُلهُ، وَلكنَّا نَقُولُ: النَّكرَةُ في مَوْضع النَّفْي تَعُمُّ فَتَتَنَاوَلُ كُل طَريق يَكُونُ فيه حَبْسٌ عَنْ الميرَاث إلا مَا قَامَ عَلَيْه دَليلٌ. وَقَوْلُهُ (جَاءَ مُحَمَّدٌ ببَيْع الحَبيس) يَدُلُّ عَلى أَنَّ لُزُومَ الوَقْف كَانَ في شَريعَة مَنْ قَبْلنَا وَأَنَّ شَريعَتَنَا نَاسخَةٌ لذَلكَ. وَقَوْلُهُ (كَالسَّائبَة) هيَ النَّاقَةُ التي تُسَيَّبُ لنَذْر، وَكَانَ **الرَّجُل يَقُولُ: إذَا قَدمْت منْ سَفَري أَوْ بَرئْت منْ مَرَضي فَنَاقَتي سَائبَةٌ**. وَمَعْنَاهُ أَنَّ الوَقْفَ بمَنْزلة تَسْييب أَهْل الجَاهليَّة منْ حَيْثُ إنَّ العَيْنَ لا تَخْرُجُ منْ أَنْ تَكُونَ مَمْلُوكَةً لهُ مُنْتَفعًا بهَا، فَإنَّهُ لوْ سَيَّبَ دَابَّتَهُ لَمْ تَخرُجْ عَنْ ملكه، فَكَذَا إذَا وَقَفَ أَرْضَهُ أَوْ دَارَه.

وَقَوْلُهُ (بخلاف الإعْتَاق) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لوْ كَانَ إزَالةُ الملك لا إلى مَالك غَيْرَ مَشْرُوع لَمَا جَازَ العتْقُ فَإنَّهُ إزَالةُ الملك الثَّابت في العَبْد منْ غَيْر تَمْليك لأَحَد. وَقَوْلُهُ (وَبخلاف المَسْجد) جَوَابٌ عَنْ قيَاسهمْ الوَقْفَ عَلى المَسْجد. وَقَوْلُهُ (قَال في الكتَاب) يَعْني مُخْتَصَرَ القُدُوريِّ: لا يَزُولُ ملكُ الوَاقف إلا أَنْ يَحْكُمَ به الحَاكمُ أَوْ يُعَلقَهُ بمَوْته. صُورَةُ الحُكْم أَنْ يُسلمَ الوَاقفُ مَا وَقَفَهُ إلى المُتَوَلي ثُمَّ يُريدُ أَنْ يَرْجعَ عَنْهُ فَيُنَازعَهُ بَعْدَ اللُّزُوم فَيَخْتَصمَان إلى القَاضي فَيَقْضي بلُزُومه. وَقَوْلُهُ (فَالصَّحيحُ أَنَّهُ لا يَزُولُ ملكُهُ)

يَعْني أَنَّ المَشَايِخَ اخْتَلفُوا عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، فَقِيل يَزُولُ الملكُ بالتَّعْليق بالمَوْت لأَنَّهُ وَقْتُ خُرُوجِ الأَمْلاكِ عَنْ ملكِه فَالتَّعْليقُ به يَدُلُّ عَلى أَنَّ مُرَادَهُ الخُرُوجُ مِنْ الملك. وَقيل لا يَزُولُ وَهُوَ الصَّحِيحُ لأَنَّ الوَاقِفَ تَصَدَّقَ بالغَلة وَهُوَ لا يَسْتَدْعِي زَوَال أَصْل الملك، وَلأَنَّهُ تَصَدَّقَ بالغَلة دَائمًا، وَلا يُمْكِنُ التَّصَدُّقُ بهَا هَكَذَا إلا إذَا بَقِيَ أَصْلُ المَوْقُوف عَلى ملكه، إلا أَنَّهُ تَصَدَّقَ بمَنَافعه مُؤَبَّدًا فَيَصِيرُ بمَنْزِلة الوَصِيَّة بالمَنَافع مُؤَبَّدًا فَيلزَمُهُ. وَالمُرَادُ بالحَاكِمِ المُوَلى أَيْ الذي وَلاهُ الخَليفَةُ عَمَلَ القَضَاء. وَأَمَّا المُحَكَّمُ وَهُوَ الذي يُفَوَّضُ إليْه الحُكْمُ فِي حَادِثَة مُعَيَّنَة باتِّفَاق المُتَخَاصِمَيْن فَفيه اخْتِلافُ المَشَايِخ. قَال فِي كِتَاب القَضَاءِ مِنْ خُلاصَة الفَتَاوَى: وَأَمَّا حُكْمُ المُحَكَّمِ فِي اليَمِينِ المُضَافَة وَسَائِرِ المُجْتَهَدَات فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُنَفَّذُ وَلكِنْ لا يُفْتَى بِهِ.

وَلو وَقَفَ فِي مَرَضِ مَوتِهِ قَال الطَّحَاوِيُّ: هُوَ بِمَنزِلةِ الوَصِيَّةِ بَعدَ المَوتِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَلزَمُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِندَهُمَا يَلزَمُهُ إلا أَنَّهُ يُعتَبَرُ مِن الثُّلُثِ وَالوَقفُ فِي الصِّحَّةِ مِن جَمِيعِ المَال، وَإذَا كَانَ المِلكُ يَزُولُ عِندَهُمَا يَزُولُ بِالقَول عِندَ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ بِمَنزِلةِ الإِعتَاقِ لأَنَّهُ إسقَاطُ المِلكِ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ لا بُدَّ مِن التَّسليمِ إلى المُتَوَلي لأَنَّهُ حَقُّ اللهِ تَعَالى، وَإنَّمَا يَثبُتُ فِيهِ فِي ضِمنِ التَّسليمِ إلى العَبدِ لأَنَّ التَّمليكَ مِن اللهِ تَعَالى وَهُوَ مَالكُ الأَشيَاءِ لا يَتَحَقَّقُ مَقصُودًا، وَقَد يَكُونُ تَبَعًا لغَيرِهِ فَيَأخُذُ حُكمَهُ فَيَنزِلُ مَنزِلةَ الزَّكَاةِ وَالصَّدَقَةِ.

قَال (وَإذَا صَحَّ الوَقفُ عَلى اختِلافِهِم) وَفِي بَعضِ النُّسَخِ: وَإذَا استُحِقَّ مَكَانَ قَولهِ إذَا صَحَّ (خَرَجَ مِن مِلكِ الوَاقِفِ وَلم يَدخُل فِي مِلكِ المَوقُوفِ عَليهِ) لأَنَّهُ لو دَخَل فِي مِلكِ المَوقُوفِ عَليهِ لا يَتَوَقَّفُ عَليهِ بَل يَنفُذُ بَيعُهُ كَسَائِرِ أَملاكِهِ، وَلأَنَّهُ لو مَلكَهُ لمَا انتَقَل عَنهُ بِشَرطِ المَالكِ الأَوَّل كَسَائِرِ أَملاكِهِ. قَال ﷺ: قَولُهُ خَرَجَ عَن مِلكِ الوَاقِفِ يَجِبُ أَن يَكُونَ قَولُهُمَا عَلى الوَجهِ الذِي سَبَقَ تَقرِيرُهُ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَقَال الطَّحَاوِيُّ: هُوَ بِمَنْزِلة الوَصِيَّة بَعْدَ المَوْت) يَعْني يَلزَمُ الوَقْفُ حِينَئذ عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، بخِلاف الوَقْف فِي الصِّحَّة فَإِنَّهُ لا يَلزَمُ عِنْدَهُ. ثُمَّ قَال الطَّحَاوِيُّ فِي مُخْتَصَرِه: وَقَدْ رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ذَلكَ لا يَجُوزُ مِنْهُ فِي مَرَضِه كَمَا لا

يَجُوزُ فِي صِحَّتِه، ثُمَّ قَال: وَهُوَ الصَّحِيحُ عَلى أُصُولِه. وَقَال المُصَنِّفُ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَلزَمُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأنَّ المُبَاشَرَةَ فِي المَرَضِ كَالمُبَاشَرَةِ فِي الصِّحَّةِ حَتَّى لا يَلزَمَ وَلا يَمْنَعَ الإِرْثَ كَالعَارِيَّةِ، وَعِنْدَهُمَا يَلزَمُ إلا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ وَالوَقْفُ فِي الصِّحَّةِ مِنْ جَمِيعِ المَال.

(قَوْلُهُ وَقَدْ يَكُونُ تَبَعًا لِغَيْرِهِ فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ) أَيْ يَثْبُتُ التَّمْليكُ مِنْ اللهِ تَعَالى ضِمْنًا لِلتَّمْليكِ مِنْ غَيْرِ اللهِ تَعَالى، وَإِنْ كَانَ لا يَثْبُتُ التَّمْليكُ مِنْ اللهِ تَعَالى قَصْدًا فَيَأْخُذُ التَّمْليكُ مِنْ اللهِ تَعَالى حُكْمَ التَّمْليكِ مِنْ غَيْرِهِ حَتَّى يُشْتَرَطَ فِيهِ التَّسْليمُ وَالقَبْضُ (قَوْلُهُ فَيُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الزَّكَاةِ وَالصَّدَقَةِ) يَعْنِي يُنَزَّلُ التَّمْليكُ مِنْ اللهِ تَعَالى فِي الوَقْفِ فِي ضِمْنِ التَّسْليمِ إلى العَبْدِ مَنْزِلَةَ تَمْليكِ المَالِ مِنْ اللهِ تَعَالى فِي الزَّكَاةِ حَيْثُ يَتَحَقَّقُ التَّمْليكُ مِنْهُ فِي ضِمْنِ التَّسْليمِ إلى الفَقِيرِ.

قَال (وَإِذَا صَحَّ الوَقْفُ عَلى اخْتِلافِهِمْ) أَيْ إِذَا صَحَّ الوَقْفُ عَلى مَا اخْتَلَفَ فِيهِ المَشَايِخُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَصِحُّ عِنْدَهُمَا وَلا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلى مَا هُوَ المَلفُوظُ فِي الأَصْل، وَالأَصَحُّ الصِّحَّةُ عِنْدَ الكُل خَرَجَ مِنْ مِلكِ الوَاقِفِ: يَعْنِي عَلى قَوْل أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَلَمْ يَدْخُل فِي مِلكِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ لأَنَّهُ لوْ دَخَل فِي مِلكِهِ جَازَ لهُ إِخْرَاجُهُ مِنْ مِلكِهِ كَسَائِرِ أَمْلاكِهِ، وَلَمَا انْتَقَل إلى مَنْ بَعْدَهُ مِمَّنْ شَرَطَهُ الوَاقِفُ لكِنْ لَيْسَ كَذَلِكَ بِالاتِّفَاقِ.

وَقَوْلُهُ (يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلى الوَجْهِ الذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ) اُعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ ذَكَرَ قَبْل هَذَا لا يَزُولُ مِلكُ الوَاقِفِ إلا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الحَاكِمُ، وَهَذَا الاسْتِثْنَاءُ إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِليْهِ عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ فِي **حَقِّ زَوَال الوَقْفِ عَنْ مِلكِ الوَاقِفِ**، وَأَمَّا عَلى قَوْلِهِمَا فَإِنَّ المِلكَ يَزُولُ بِدُونِ حُكْمِ الحَاكِمِ، ثُمَّ الدَّلِيلُ الصَّحِيحُ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِ الخُرُوجِ عَنْ المِلكِ لأَنَّ الخُرُوجَ يَقْتَضِي أَنْ لا يَصِحَّ شَرْطُهُ فِي صَرْفِ الغَلة كَمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ بِشَرْطِ أَنْ يَصْرِفَ غَلتَهُ إلى كَذَا أَوْ جَعَل أَرْضَهُ مَسْجِدًا بِشَرْطِ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ فُلانٌ دُونَ فُلانٍ، فَإِنَّ التَّصَرُّفَ فِي غَيْرِ مِلكِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل إِنَّمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ هَاهُنَا إِنَّمَا هُوَ فِي الصِّحَّةِ، وَمَا ذَكَرَهُ قَبْل هَذَا فَإِنَّمَا هُوَ فِي اللُّزُومِ، وَالصِّحَّةُ لا تَسْتَلزِمُ اللُّزُومَ فَكَانَ القَوْلُ بِخُرُوجِ الوَقْفِ عَنْ مِلكِ الوَاقِفِ إِذَا صَحَّ الوَقْفُ قَوْلُهُمَا لا

قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، إلا إذَا حَكَمَ بِهِ الحَاكِمُ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ خُرُوجُ الوَقْفِ عَنْ ملكِ الوَاقِفِ قَوْل الكُل.

سَلمْنَا أَنَّ الصِّحَّةَ هَاهُنَا بِمَعْنَى اللُّزُومِ وَلكِنْ لا يَلزَمُ مِنْ اللُّزُومِ الخُرُوجُ عَنْ ملكِ الوَاقِفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ الوَقْفَ عِنْدَهُ مُعَرَّفٌ بِحَبْسِ العَيْنِ عَلى ملكِ الوَاقِفِ وَالتَّصدُّق بالمَنْفعَةِ، وَذَلكَ يَمْنعُ عَنْ الخُرُوجِ لا مَحَالةَ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ خُرُوجَ الملكِ إلى اللهِ تَعَالى قُرْبَةٌ لا يَمْنَعُ التَّصرُّفَ فِيهِ مِمَّنْ خَرَجَ عَنْهُ. أَلا تَرَى أَنَّ القُرُبَات تَصِيرُ بالإِرَاقَةِ إلى اللهِ تَعَالى، ثُمَّ إنَّ صَاحِبَهُ يَتَصرَّفُ فِيهِ بالأَكْل وَالإِطْعَامِ وَالتَّصدُّق بِهِ بِتَوْلِيَةِ الشَّرْعِ لكَوْنِهِ المُتَقَرَّبَ بِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ أَمْرُ الوَاقِفِ كَذَلكَ، بِخِلافِ العَبْدِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ مَالكًا لمَنَافِعِهِ فَلا يَعْمَلُ فِيهِ تَصرُّفُ غَيْرِهِ، وَأَمَّا المَسْجِدُ فَالأَصْلُ الكَعْبَةُ وَالمَسْجِدُ الحَرَامُ فِيهِ سَوَاءٌ العَاكِفُ وَالبَادِ، فَعَلمْنَا أَنَّ اللهَ تَعَالى لمْ يُوَل التَّخْصِيصَ إلى الذِي جَعَلهُ مَسْجِدًا، وَإِنَّمَا أَلحَقَهُ بِالمَسْجِدِ الحَرَامِ وَالكَعْبَةِ

قَالَ (وَوَقفُ المُشَاعِ جَائِزٌ عِندَ أَبِي يُوسُفَ) لأَنَّ القِسمَةَ مِن تَمَامِ القَبضِ وَالقَبضُ عِندَهُ لِيسَ بِشَرطٍ فَكَذَا تَتِمَّتُهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَجُوزُ لأَنَّ أَصل القَبضِ عِندَهُ شَرطٌ فَكَذَا مَا يَتِمُّ بِهِ، وَهَذَا فِيمَا يَحتَمِلُ القِسمَةَ، وَأَمَّا فِيمَا لا يَحتَمِلُ القِسمَةَ فَيَجُوزُ مَعَ الشُّيُوعِ عِندَ مُحَمَّدٍ أَيضًا لأَنَّهُ يُعتَبَرُ بِالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ إلا فِي المَسجِدِ وَالمَقبَرَةِ، فَإِنَّهُ لا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لا يَحتَمِلُ القِسمَةَ أَيضًا عِندَ أَبِي يُوسُفَ، لأَنَّ بَقَاءَ الشَّرِكَةِ يَمنَعُ الخُلُوصَ للهِ تَعَالى، وَلأَنَّ المُهَايَأَةَ فِيهِمَا فِي غَايَةِ القُبحِ بِأَن يُقبَرَ فِيهِ المَوتَى سَنَةً، وَيُزرَعَ سَنَةً وَيُصلَى فِيهِ فِي وَقتٍ وَيُتَّخَذَ إِصطَبلا فِي وَقتٍ، بِخِلافِ الوَقفِ لإِمكَانِ الاستِغلالِ وَقِسمَةِ الغَلَةِ.

وَلو وَقَفَهُ الكُل ثُمَّ أُستُحِقَّ جُزءٌ مِنهُ بَطَل فِي البَاقِي عِندَ مُحَمَّدٍ لأَنَّ الشُّيُوعَ مُقَارَنٌ كَمَا فِي الهِبَةِ، بِخِلافِ مَا إِذَا رَجَعَ الوَاهِبُ فِي البَعضِ أَو رَجعَ الوَارِثُ فِي الثُّلُثَينِ بَعدَ مَوتِ المَرِيضِ وَقَد وَهَبَهُ أَو أَوقَفَهُ فِي مَرَضِهِ وَفِي المَال ضِيقٌ، لأَنَّ الشُّيُوعَ فِي ذَلكَ طَارِئٌ. وَلو أُستُحِقَّ جُزءٌ مُمَيَّزٌ بِعَينِهِ لم يَبطُل فِي البَاقِي لعَدَمِ الشُّيُوعِ وَلهَذَا جَازَ فِي الابتِدَاءِ، وَعَلَى هَذَا الهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ المَملُوكَةُ. قَال: وَلا يَتِمُّ الوَقفُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَجعَل آخِرَهُ بِجِهَةٍ لا تَنقَطِعُ أَبَدًا.

وَقَال أَبُو يُوسُفَ: إِذَا سَمَّى فِيهِ جِهَةً تَنقَطِعُ جَازَ وَصَارَ بَعدَهَا لِلفُقَرَاءِ وَإِن لم يُسَمِّهِم. لهُمَا أَنَّ مُوجَبَ الوَقفِ زَوَالُ المِلكِ بِدُونِ التَّمليكِ وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالعِتقِ، فَإِذَا كَانَت الجِهَةُ يُتَوَهَّمُ انقِطَاعُهَا لا يَتَوَفَّرُ عَلَيهِ مُقتَضَاهُ، فَلِهَذَا كَانَ التَّوقِيتُ مُبطِلا لَهُ كَالتَّوقِيتِ فِي البَيعِ. وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَقصُودَ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلى اللهِ تَعَالى وَهُوَ مُوَفَّرٌ عَلَيهِ، لأَنَّ التَّقَرُّبَ تَارَةً يَكُونُ فِي الصَّرفِ إِلى جِهَةٍ تَنقَطِعُ وَمَرَّةً بِالصَّرفِ إِلى جِهَةٍ تَتَأَبَّدُ فَيَصِحُّ فِي الوَجهَينِ وَقِيلَ إِنَّ التَّأبِيدَ شَرطٌ بِالإِجمَاعِ، إِلا أَنَّ عِندَ أَبِي يُوسُفَ لا يُشتَرَطُ ذِكرُ التَّأبِيدِ لأَنَّ لَفظَةَ الوَقفِ وَالصَّدَقَةِ مُنبِئَةٌ عَنهُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ إِزَالَةُ المِلكِ بِدُونِ التَّمليكِ كَالعِتقِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي الكِتَابِ فِي بَيَانِ قَولِهِ وَصَارَ بَعدَهَا لِلفُقَرَاءِ وَإِن لم يُسَمِّهِم، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَعِندَ مُحَمَّدٍ ذِكرُ التَّأبِيدِ شَرطٌ لأَنَّ هَذَا صَدَقَةٌ بِالمَنفَعَةِ أَو بِالغَلَّةِ، وَذَلِكَ قَد يَكُونُ مُؤَقَّتًا وَقَد يَكُونُ مُؤَبَّدًا فَمُطلَقُهُ لا يَنصَرِفُ إِلى التَّأبِيدِ فَلا بُدَّ مِن التَّنصِيصِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ لأَنَّ القِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ) بَيَانُهُ أَنَّ القَبْضَ لِلحِيَازَةِ وَالحِيَازَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إِنَّمَا هِيَ بِالقِسْمَةِ (قَوْلُهُ وَوَقْفُ المُشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) لا خِلافَ بَيْنَهُمَا أَنَّ القِسْمَةَ فِيمَا يُقْسَمُ مِنْ تَمَامِ القَبْضِ، وَإِنَّمَا الخِلافُ بَيْنَهُمَا فِي أَنَّ أَصْلَ القَبْضِ شَرْطٌ أَوْ لا، عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَذَا تَمَامُهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرْطٌ فَكَذَا تَمَامُهُ، وَأَمَّا فِيمَا لا يُقْسَمُ فَمُحَمَّدٌ أَيْضًا يُجَوِّزُهُ وَيَعْتَبِرُهُ كَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ: أَيْ الصَّدَقَةِ الخَاضِعَةِ المُسَلَّمَةِ إِلى الفَقِيرِ وَهُوَ احْتِرَازٌ عَنْ الصَّدَقَةِ المَوْقُوفَةِ وَهِيَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ (قَوْلُهُ إِلا فِي المَسْجِدِ وَالمَقْبَرَةِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَوَقْفُ المُشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، فَإِنَّهُ لا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ بِأَنْ كَانَ المَوْضِعُ صَغِيرًا لا يَصْلُحُ لِمَا أَرَادَهُ الوَاقِفُ مِنْ اتِّخَاذِ المَسْجِدِ وَالمَقْبَرَةِ عَلَى تَقْدِيرِ القِسْمَةِ.

وَالحَاصِلُ أَنَّ جَعْلَ المَسْجِدِ وَالمَقْبَرَةِ فِي المُشَاعِ الذِي لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ لا يَجُوزُ أَصْلا لا قَبْلَ القِسْمَةِ وَهُوَ حَالَ كَوْنِهِ مُشَاعًا وَلا بَعْدَهَا، أَمَّا قَبْلَهَا فَإِنَّ بَقَاءَ الشَّرِكَةِ يَمْنَعُ الخُلُوصَ عَلَى مَا سَيَجِيءُ، وَأَمَّا بَعْدَهَا فَلأَنَّ فَرْضَ المَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا كَانَ الوَضْعُ غَيْرَ صَالِحٍ لِذَلِكَ لِصِغَرِهِ فَبَقِيَ أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ المُهَايَأَةِ، وَالمُهَايَأَةُ فِيهِمَا فِي غَايَةِ القُبْحِ إلخ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ. قَالَ (وَلا يَتِمُّ الوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّى يَجْعَل

آخِرُهُ لِجِهَةٍ لا تَنْقَطِعُ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ عَلَيَّ كَذَا وَكَذَا، ثُمَّ عَلَى فُقَرَاءِ المُسْلِمِينَ حَيْثُمَا وُجِدُوا مَثَلًا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا سَمَّى جِهَةً تَنْقَطِعُ مِثْلُ أَنْ يَقِفَ عَلَى أَوْلَادِهِ أَوْ عَلَى أُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ جَازَ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ. لَهُمَا أَنَّ مُوجَبَ الوَقْفِ زَوَالُ المِلْكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ: يَعْنِي لا إِلَى مَالِكٍ، وَكُلُّ مَا كَانَ زَوَالَ المِلْكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ فَإِنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالعِتْقِ فَمُوجَبُ الوَقْفِ يَتَأَبَّدُ، وَإِذَا كَانَتْ الجِهَةُ يُتَوَهَّمُ انْقِطَاعُهَا لا يَتَوَفَّرُ عَلَيْهِ أَيْ عَلَى الوَقْفِ مُقْتَضَاهُ، وَلِهَذَا كَانَ التَّوْقِيتُ مُبْطِلًا لَهُ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُوجَبَهُ كَالتَّوْقِيتِ فِي البَيْعِ. قِيلَ فِي كَلَامِ المُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللهُ تَنَاقُضٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الوَقْفِ أَنَّ الوَقْفَ عِنْدَهُ حَبْسُ العَيْنِ عَلَى مِلْكِ الوَاقِفِ فَكَانَ مُوجَبُهُ عَدَمَ زَوَالِ المِلْكِ عَنْ الوَاقِفِ، ثُمَّ قَالَ هُنَا: مُوجَبُهُ زَوَالُ المِلْكِ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَرِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالمَذْكُورُ فِي أَوَّلِ الكِتَابِ هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ أُخْرَى، فَيَكُونُ عَنْهُ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ. وَقِيلَ أَرَادَ هَاهُنَا مَا إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ بِصِحَّةِ الوَقْفِ وَلُزُومِهِ فَحِينَئِذٍ يَخْرُجُ الوَقْفُ عَنْ مِلْكِ الوَاقِفِ بِالاتِّفَاقِ وَهَذَا أَوْفَقُ. وَأَقُولُ: هَذَا لَيْسَ بِمُنَاسِبٍ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِ المُصَنِّفِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَقْصُودَ مِنْ الوَقْفِ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلَى اللهِ تَعَالَى، وَهُوَ مُوَفَّرٌ عَلَيْهِ فِيمَا إِذَا جُعِلَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ لِأَنَّ التَّقَرُّبَ إِلَى اللهِ تَعَالَى تَارَةً فِي الصَّرْفِ إِلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ وَأُخْرَى إِلَى جِهَةٍ تَتَأَبَّدُ فَيَصِحُّ فِي الوَجْهَيْنِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ انْقَطَعَتْ الجِهَةُ عَادَ الوَقْفُ إِلَى مِلْكِهِ إِنْ كَانَ حَيًّا، وَإِلَى مِلْكِ وَرَثَتِهِ إِنْ كَانَ مَيِّتًا.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: هَذَا التَّعْلِيلُ غَيْرُ مُطَابِقٍ لِمَا ذُكِرَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ قَالَ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّأْبِيدَ شَرْطٌ. وَالجَوَابُ أَنَّ المَرْوِيَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَمْرَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لا يُشْتَرَطُ التَّأْبِيدُ أَصْلًا. وَالثَّانِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ لَكِنْ لا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ بِاللِّسَانِ. وَالمُصَنِّفُ أَشَارَ إِلَى القَوْلِ الأَوَّلِ بِالتَّعْلِيلِ، وَإِلَى الثَّانِي بِذِكْرِ المَذْهَبِ، وَاسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: وَقِيلَ إِنَّ التَّأْبِيدَ شَرْطٌ بِالإِجْمَاعِ إلخ، وَفِي كَلَامِهِ تَعْقِيدٌ لا مَحَالَةَ.

قال (وَيَجُوزُ وَقفُ العَقَارِ) لأنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابَةِ رِضوَانُ اللهِ عَلَيهِم وَقَفُوهُ، (وَلا يَجُوزُ وَقفُ مَا يُنقَلُ وَيُحَوَّلُ) قال ﷺ: وَهَذَا عَلَى الإِرسَالِ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو

يُوسُفَ: إذَا وَقَفَ ضَيعَةً بِبَقَرِهَا وَأَكرتِهَا وَهُم عَبِيدُهُ جَازَ) وَكَذَا سَائِرُ آلاتِ الحِرَاسَةِ لأَنَّهُ تَبَعٌ للأَرضِ فِي تَحصِيل مَا هُوَ المَقصُودُ، وَقَد يَثبُتُ مِن الحُكمِ تَبَعًا مَا لا يَثبُتُ مَقصُودًا كَالشُّربِ فِي البَيعِ وَالبِنَاءِ فِي الوَقفِ، وَمُحَمَّدٌ مَعَهُ فِيهِ، لأَنَّهُ لَمَّا جَازَ إفرَادُ بَعضِ المَنقُول بِالوَقفِ عِندَهُ فَلأَن يَجُوزَ الوَقفُ فِيهِ تَبَعًا أَولى. (وَقَال مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ حَبسُ الكُرَاعِ وَالسِّلاحِ) وَمَعنَاهُ وَقفُهُ فِي سَبِيل اللهِ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِيهِ عَلى مَا قَالُوا، وَهُوَ استِحسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَن لا يَجُوزَ لِمَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ.

وَجهُ الاستِحسَانِ الآثَارُ المَشهُورَةُ فِيهِ: مِنهَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ « وَأَمَّا خَالِدٌ فَقَد حَبَسَ أَدرُعًا وَأَفرَاسًا لهُ فِي سَبِيل اللهِ تَعَالى وَطَلحَةُ حَبَسَ دُرُوعَهُ فِي سَبِيل اللهِ تَعَالى»[1] وَيُروَى أَكرَاعَهُ. وَالكُرَاعُ: الخَيلُ. وَيَدخُلُ فِي حُكمِهِ الإِبلُ؛ لأَنَّ العَرَبَ يُجَاهِدُونَ عَليهَا، وَكَذَا السِّلاحُ يُحمَلُ عَليهَا وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ وَقفُ مَا فِيهِ تَعَامُلٌ مِن المَنقُولاتِ كَالفَأسِ وَالمَرِّ وَالقَدُومِ وَالمِنشَارِ وَالجِنَازَةِ وَثِيَابِهَا وَالقُدُورِ وَالمَرَاجِل وَالمَصَاحِفِ. وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ القِيَاسَ إنَّمَا يُترَكُ بِالنَّصِّ، وَالنَّصُّ وَرَدَ فِي الكُرَاعِ وَالسِّلاحِ فَيُقتَصَرُ عَليهِ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: القِيَاسُ قَد يُترَكُ بِالتَّعَامُل كَمَا فِي الاستِصنَاعِ، وَقَد وُجِدَ التَّعَامُلُ فِي هَذِهِ الأَشيَاءِ. وَعَن نُصَيرِ بنِ يَحيَى أَنَّهُ وَقَفَ كُتُبَهُ إلحَاقًا لهَا بِالمَصَاحِفِ، وَهَذَا صَحِيحٌ لأَنَّ كُل وَاحِدٍ يُمسَكُ للدِّينِ تَعلِيمًا وَتَعَلُّمًا وَقِرَاءَةً، وَأَكثَرُ فُقَهَاءِ الأَمصَارِ عَلى قَول مُحَمَّدٍ، وَمَا لا تَعَامُل فِيهِ لا يَجُوزُ عِندَنَا وَقفُهُ. وَقَال الشَّافِعِيُّ: كُلُّ مَا يُمكِنُ الانتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصلهِ وَيَجُوزُ بَيعُهُ يَجُوزُ وَقفُهُ؛ لأَنَّهُ يُمكِنُ الانتِفَاعُ بِهِ، فَأَشبَهَ العَقَارَ وَالكُرَاعَ وَالسِّلاحَ. وَلنَا أَنَّ الوَقفَ فِيهِ لا يَتَأَبَّدُ، وَلا بُدَّ مِنهُ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، بِخِلافِ العَقَارِ، وَلا مُعَارِضَ مِن حَيثُ السَّمعُ وَلا مِن حَيثُ التَّعَامُلُ فَبَقِيَ عَلى أَصل القِيَاسِ. وَهَذَا لأَنَّ العَقَارَ يَتَأَبَّدُ، وَالجِهَادُ سَنَامُ الدِّينِ، فَكَانَ مَعنَى القُربَةِ فِيهِمَا أَقوَى فَلا يَكُونُ غَيرُهُمَا فِي مَعنَاهُمَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَهَذَا عَلى الإِرْسَال) أَيْ مَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ مِنْ قَوْلِه (وَلا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ) عَلى الإِطْلاقِ مَقْصُودًا أَوْ تَبَعًا، كُرَاعًا أَوْ غَيْرَهُ، تَعَامَلُوا فِيهِ أَوْ لا.

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد باب ٨٩، ومسلم في الزكاة (١١).

قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَالأَكَرَةُ جَمْعُ أَكَّارٍ وَهُوَ الذَّرَّاعُ كَأَنَّهَا جَمْعُ آكِرٍ تَقْدِيرًا.

وَقَوْلُهُ (**وَالبِنَاءُ فِي الوَقْفِ**) أَيْ فِي وَقْفِ الأَرْضِ التِي عَلَيْهَا ذَلِكَ البِنَاءُ كَوَقْفِ الخَانَاتِ وَالرِّبَاطَاتِ. وَقَوْلُهُ (لأَنَّهُ لَمَّا جَازَ إِفْرَادُ بَعْضِ المَنْقُولِ) يَعْنِي مِنْ غَيْرِ أَنْ يُجْعَلَ تَبَعًا لِشَيْءٍ كَمَا فِي المُتَعَارَفِ مِثْلِ الفَأْسِ وَالقَدُومِ وَالمَرَاجِلِ (عِنْدَهُ) أَيْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ (فَلأَنْ يَجُوزَ الوَقْفُ) أَيْ وَقْفُ المَنْقُولِ (تَبَعًا أَوْلَى) وَالمُرَادُ بِالكُرَاعِ هُنَا هُوَ الخَيْلُ لِمُنَاسَبَةِ ذِكْرِ السِّلاحِ.

وَقَوْلُهُ (لِمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) يَعْنِي مَا مَرَّ أَنَّ مِنْ شَرْطِهِ التَّأْبِيدَ، وَالتَّأْبِيدُ لا يَتَحَقَّقُ فِي المَنْقُولِ وَالمَرَاجِلُ: قُدُورُ النُّحَاسِ. وَقَوْلُهُ (إِلحَاقًا لَهَا بِالمَصَاحِفِ) يَعْنِي أَنَّ **وَقْفَ المَصَاحِفِ** صَحِيحٌ، فَكَذَا الكُتُبُ. ذَكَرَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانْ: اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِي وَقْفِ الكُتُبِ جَوَّزَهُ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى. وَقَوْلُهُ (كُلُّ مَا يُمْكِنُ الانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ) احْتِرَازٌ عَنْ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، فَإِنَّ الانْتِفَاعَ الذِي خُلِقَتْ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لأَجْلِهِ وَهُوَ الثَّمَنِيَّةُ لا يُمْكِنُ بِهِمَا مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ فِي مِلْكِهِ. وَقَوْلُهُ (وَيَجُوزُ بَيْعُهُ) احْتِرَازٌ عَنْ حَمْلِ النَّاقَةِ وَالجَارِيَةِ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ فَكَذَا وَقْفُهُ عِنْدَهُ أَيْضًا. وَلَنَا أَنَّ الوَقْفَ فِي المَنْقُولِ لا يَتَأَبَّدُ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَمَا لا يَتَأَبَّدُ لا يَجُوزُ وَقْفُهُ لأَنَّ التَّأْبِيدَ لا بُدَّ مِنْهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَصَارَتْ المَنْقُولاتُ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ العَقَارِ) جَوَابٌ عَنْ اعْتِبَارِهِ بِالعَقَارِ. وَقَوْلُهُ (وَلا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ فَأَشْبَهَ الكُرَاعَ وَالسِّلاحَ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الأَصْلَ أَنْ لا يَجُوزَ وَقْفُ الكُرَاعِ وَالسِّلاحِ أَيْضًا كَالدَّرَاهِمِ، إلا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِمُعَارِضٍ رَاجِحٍ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ.

وَقَوْلُهُ (وَلا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلُ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ تَرْكُ الأَصْلِ فِي الكُرَاعِ وَالسِّلاحِ بِمُعَارِضٍ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ وَهُوَ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي المَرَاجِلِ وَالقَدُومِ وَغَيْرِهِمَا، فَلْتَكُنْ صُورَةُ النِّزَاعِ مَقِيسَةً عَلَى ذَلِكَ. وَوَجْهُهُ أَنَّ لَهُمَا مُعَارِضًا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلُ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي صُورَةِ النِّزَاعِ كَالعَبِيدِ وَالإِمَاءِ وَالثِّيَابِ وَالبُسُطِ وَأَمْثَالِهَا فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) اسْتِظْهَارٌ عَلَى أَنَّ إِلحَاقَ غَيْرِ العَقَارِ وَالكُرَاعِ وَالسِّلاحِ بِهِمَا غَيْرُ جَائِزٍ لأَنَّ غَيْرَهُمَا لِقُوَّتِهِمَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُمَا، وَلَمْ يَذْكُرْ التَّعَامُلَ اعْتِمَادًا عَلَى شُهْرَةِ كَوْنِ التَّعَامُلِ أَقْوَى مِنْ القِيَاسِ فَجَازَ أَنْ يُتْرَكَ بِهِ.

قَال (وَإِذَا صَحَّ الوَقفُ لم يَجُز بَيعُهُ وَلا تَمليكُهُ، إلا أن يَكُونَ مَشَاعًا عِندَ أَبِي يُوسُفَ فَيَطلُبُ الشَّرِيكُ القِسمَةَ فَيَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُ) أَمَّا امتِنَاعُ التَّمليكِ فَلمَا بَيَّنَّا. وَأَمَّا جَوَازُ القِسمَةِ فَلأَنَّهَا تَمييزٌ وَإفرازٌ، غَايَةُ الأمرِ أَنَّ الغَالبَ فِي غَيرِ المَكِيل وَالمَوزُونِ مَعنَى المُبَادَلةِ، إلا أَنَّ فِي الوَقفِ جَعَلنَا الغَالبَ مَعنَى الإفرَازِ نَظَرًا للوَقفِ فَلم تَكُن بَيعًا وَتَمليكًا؛ ثُمَّ إن وَقَفَ نَصِيبَهُ مِن عَقَارٍ مُشتَرَكٍ فَهُوَ الذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ؛ لأَنَّ الوِلايَةَ للوَاقِفِ وَبَعدَ المَوتِ إلى وَصِيِّهِ، وَإن وَقَفَ نِصفَ عَقَارٍ خَالصٍ لهُ فَالذِي يُقَاسِمُهُ القَاضِي أَو يَبِيعُ نَصِيبَهُ البَاقِي مِن رَجُلٍ، ثُمَّ يُقَاسِمُهُ المُشتَرِي ثُمَّ يَشتَرِي ذَلكَ مِنهُ لأَنَّ الوَاحِدَ لا يَجُوزُ أَن يَكُونَ مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، وَلو كَانَ فِي القِسمَةِ فَضلُ دَرَاهِمَ إن أَعطَى الوَاقِفَ لا يَجُوزُ لامتِنَاعِ بَيعِ الوَقفِ، وَإن أَعطَى الوَاقِفَ جَازَ وَيَكُونُ بِقَدرِ الدَّرَاهِمِ شِرَاءً.

الشرح:

قَال (وَإِذَا صَحَّ الوَقْفُ **لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ**) أَيْ إذَا لزِمَ الوَقْفُ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ وَلا تَمْليكُهُ، إلا أَنْ يَكُونَ مُشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَيَطْلُبَ الشَّرِيكُ القِسْمَةَ فَتَصِحَّ مُقَاسَمَتُهُ، فَقَوْلُهُ إلا أَنْ يَكُونَ مُشَاعًا اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِه لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ، وَهُوَ مُنْقَطِعٌ أَوْ مُتَّصِلٌ، لأَنَّ مَعْنَى المُبَادَلة فِي قِسْمَة العَقَارِ رَاجِحٌ فَجُعِل كَأَنَّهُ بَيْعٌ اتِّسَاعًا، أَمَّا امْتِنَاعُ التَّمْليك فَلمَا بَيَّنَّا: يَعْنِي مَا رُوِيَ مِنْ قَوْلِه ﷺ « **تَصَدَّقْ بِأَصْلهَا لا تُبَاعُ وَلا تُوهَبُ** » وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ المَعْنَى بِقَوْلِه وَلأَنَّ الحَاجَةَ مَاسَّةٌ إلخْ. وَقَوْلُهُ (وَأَمَّا جَوَازُ القِسْمَة) فَظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (فَهُوَ الذِي يُقَاسِمُ) أَيْ الوَاقِفُ هُوَ الذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ لا القَاضِي.

وَقَوْلُهُ (خَالصٌ) صِفَةُ عَقَارٍ: أَيْ لوْ **كَانَ لهُ عَقَارٌ مائَةُ ذرَاعٍ وَهُوَ خَالصٌ لهُ لا شَرِكَةَ لغَيْرِه فيه فَوَقَفَ منْهُ خَمْسِينَ ذرَاعًا** وَجَبَ أَنْ يَكُونَ القَاسِمُ هَاهُنَا غَيْرَ الوَاقف لئَلا يَلزَمَ أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ الوَاحدُ مُطَالبًا وَمُطَالبًا، فَإنَّ مُقَاسِمَ النِّصْف الذي هُوَ الوَقْفُ مُطَالبٌ مِنْ مَالك النِّصْف الذي هُوَ غَيْرُ وَقْف وَمَالكُ النِّصْف مُطَالبٌ وَهُوَ الوَاقفُ بعَيْنه المُقَاسِمُ لنِصْف الوَقْف فَكَانَ مُطَالبًا وَمُطَالبًا، وَهُوَ لا يَجُوزُ فَيَرْفَعُ أَمْرُهُ إلى القَاضِي ليُقَاسمَهُ، أَوْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ البَاقِيَ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ يُقَاسِمَ المُشْتَرِيَ ثُمَّ يَشْتَرِيَ ذَلكَ منْهُ، وَلوْ كَانَ فِي القِسْمَة فَضْلُ دَرَاهِمَ بِأَنْ كَانَ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ أَجْوَدَ فَدَعَتْ الضَّرُورَةُ إلى إدْخَال الدَّرَاهِمِ فِي القِسْمَة أَوْ تَرَاضَيَا عَلى ذَلكَ فَإنَّ إدْخَال الدَّرَاهِمِ فِي القِسْمَة لا

يَجُوزُ إلا لِضَرُورَةٍ أَوْ بِالتَّرَاضِي عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي كِتَابِ القِسْمَةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ الوَاقِفُ يَأْخُذُ الدَّرَاهِمَ أَوْ يُعْطِيهَا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ لَمْ يَجُزْ لأَنَّهُ يُعْطِي بِمُقَابَلَةِ الدَّرَاهِمِ شَيْئًا مِنْ الوَقْفِ، **وَبَيْعُ الوَقْفِ** لا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ جَازَ، لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَشْتَرِي شَيْئًا بِمُقَابَلَةِ الدَّرَاهِمِ وَيَقِفُهُ وَهُوَ جَائِزٌ.

قَالَ (وَالوَاجِبُ أَن يُبتَدَأَ مِن ارتِفَاعِ الوَقفِ بِعِمَارَتِهِ شَرَطَ ذَلكَ الوَاقِفُ أَو لم يَشتَرِط) لأَنَّ قَصدَ الوَاقِفِ صَرفُ الغلَةِ مُؤَبَّدًا، وَلا تَبقَى دَائِمَةً إلا بِالعِمَارَةِ فَيَثبُتُ شَرطُ العِمَارَةِ اقتِضَاءً وَلأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ وَصَارَ كَنَفَقَةِ العَبدِ المُوصَى بِخِدمَتِهِ، فَإِنَّهَا عَلَى المُوصَى لهُ بِهَا. ثُمَّ إن كَانَ الوَقفُ عَلَى الفُقَرَاءِ لا يَظفَرُ بِهِم، وَأَقرَبُ أَموَالِهِم هَذِهِ الغَلَةُ فَتَجِبُ فِيهَا. وَلو كَانَ الوَقفُ عَلَى رَجُلٍ بِعَينِهِ وَآخِرُهُ للفُقَرَاءِ فَهُوَ فِي مَالِهِ: أَيِّ مَالٍ شَاءَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ. وَلا يُؤخَذُ مِن الغلَةِ؛ لأَنَّهُ مُعَيَّنٌ يُمكِنُ مُطَالبَتُهُ، وَإِنَّمَا يَستَحِقُّ العِمَارَةَ عَلَيهِ بِقَدرِ مَا يَبقَى المَوقُوفُ عَلَى الصِّفَةِ التِي وَقَفَهُ، وَإِن خَرِبَ يَبنِي عَلَى ذَلكَ الوَصفِ؛ لأَنَّهَا بِصِفَتِهَا صَارَت غَلتُهَا مَصرُوفَةً إلى المَوقُوفِ عَليهِ.

فَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلكَ فَليسَت بِمُستَحَقَّةٍ عَليهِ وَالغَلَةُ مُستَحَقَّةٌ فَلا يَجُوزُ صَرفُهَا إلى شَيءٍ آخَرَ إلا بِرِضَاهُ، وَلو كَانَ الوَقفُ عَلَى الفُقَرَاءِ فَكَذَلكَ عِندَ البَعضِ، وَعِندَ الآخَرِينَ يَجُوزُ ذَلكَ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ لأَنَّ الصَّرفَ إلى العِمَارَةِ ضَرُورَةُ إبقَاءِ الوَقفِ وَلا ضَرُورَةَ فِي الزِّيَادَةِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ لأَنَّ « **الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ** » هَذَا لَفْظُ الحَدِيثِ، وَهُوَ مِنْ جَوَامِعِ الكَلِمِ، وَلإِحْرَازِهِ مَعَانِيَ جَمَّةً جَرَى مَجْرَى المَثَلِ وَاسْتُعْمِلَ فِي كُلِّ مَضَرَّةٍ بِمُقَابَلَةِ مَنْفَعَةٍ، وَمَعْنَاهُ هَاهُنَا: أَنَّ غَلَةَ الوَقْفِ لَمَّا كَانَتْ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ كَانَتْ العِمَارَةُ عَلَيْهِمْ أَيْضًا. ثُمَّ إِنْ كَانَ الوَقْفُ عَلَى الفُقَرَاءِ لا يَظْفَرُ بِهِمْ: أَيْ لا يَفُوزُ المُتَوَلِّي بِهِمْ لِعَدَمِ تَعَيُّنِهِمْ وَعُسْرَتِهِمْ، وَأَقْرَبُ أَمْوَالِهِمْ إِلَى المُتَوَلِّي هَذِهِ الغَلَةُ فَتَجِبُ فِيهَا. وَقَوْلُهُ (**وَلَوْ كَانَ الوَقْفُ عَلَى رَجُلٍ بِعَيْنِهِ**) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَلا يُؤْخَذُ مِنْ الغَلَةِ) يَعْنِي حَتْمًا لأَنَّهُ قَالَ فَهُوَ فِي مَالِهِ أَيَّ مَالٍ شَاءَ، وَهَذِهِ الغَلَةُ أَيْضًا مِنْ مَالِهِ، فَلَوْ لَمْ يُقَيَّدْ بِذَلِكَ تَنَاقَضَ كَلامُهُ. وَقَوْلُهُ (وَلَوْ كَانَ الوَقْفُ عَلَى الفُقَرَاءِ) يَعْنِي لا عَلَى رَجُلٍ بِعَيْنِهِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ البَعْضِ: أَيْ لا تُصْرَفُ

غَلةُ الوَقْفِ إلى زيَادَةِ عِمارَةٍ لَمْ تَكُنْ فِي ابْتدَاءِ الوَقْفِ بَل تُصْرَفُ إلى الفُقَرَاءِ. وَعِنْدَ آخَرِينَ يَجُوزُ ذَلكَ، وَالأَوَّلُ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ البِنَاءُ الثَّانِي مِثْلَ الأَوَّلِ لا زَائدًا عَلَيْه أَصَحُّ لِمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

قَال (فَإن وَقَفَ دَارًا عَلى سُكنَى وَلدِهِ فَالعِمَارَةُ عَلى مَن لهُ سُكنَى) لأنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ عَلى مَا مَرَّ فَصَارَ كَنَفَقَةِ العَبدِ المُوصَى بِخِدمَتِهِ (فَإن امتَنَعَ مِن ذَلك، أو كَانَ فَقِيرًا آجرَهَا الحَاكِمُ وَعَمَّرَهَا بِأجرَتِهَا، وَإذَا عَمَّرَهَا رَدَّهَا إلى مَن لهُ السُّكنَى) لأنَّ فِي ذَلكَ رِعَايَةَ الحَقَّينِ حَقِّ الوَاقِفِ وَحَقِّ صَاحِبِ السُّكنَى، لأنَّهُ لو لم يُعَمِّرهَا تَفُوتُ السُّكنَى أَصلا، وَالأَوَّلُ أَولى، وَلا يُجبَرُ المُمتَنِعُ عَلى العِمَارَةِ لِمَا فِيهِ مِن إتلافِ مَالِهِ فَأَشبَهَ امتِنَاعَ صَاحِبِ البَذرِ فِي المُزَارَعَةِ فَلا يَكُونُ امتِنَاعُهُ رِضًا مِنهُ بِبُطلانِ حَقِّهِ لأنَّهُ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ، وَلا تَصِحُّ إجَارَةُ مَن لهُ السُّكنَى لأنَّهُ غَيرُ مَالِكٍ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى وَلَدِه) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (وَالأَوَّلُ أَوْلى) يُرِيدُ بِه إجَارَةَ الحَاكِمِ وَعِمَارَتَهَا بِأُجْرَتِهَا ثُمَّ رَدَّهَا إلى مَنْ لهُ السُّكْنَى. وَالثَّانِي هُوَ تَرْكُ العِمَارَةِ. وَاسْتُفِيدَ ذَلكَ بِقَوْله لأَنَّهُ لوْ لَمْ يَعْمُرْهَا تَفُوتُ السُّكْنَى أَصْلا. وَقَوْلُهُ (فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ) بَيَانُهُ أَنَّ الامْتِنَاعَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِبُطْلانِ حَقِّه وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ نُقْصَانُ مَاله فِي الحَالِ وَلِرَجَائه إصْلاحَ القَاضِي وَعِمَارَتَهُ ثُمَّ رَدَّهُ إلَيْه. وَقَوْلُهُ (وَلا تَصِحُّ إجَارَةُ مَنْ لهُ السُّكْنَى) إضَافَةُ المَصْدَرِ إلى فَاعِله، وَهَذَا لأَنَّ الإِجَارَةَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ بِعِوَضٍ وَلا تَمْلِيكَ مِنْ غَيْرِ المَالكِ، وَمَنْ لهُ السُّكْنَى لَيْسَ بِمَالكٍ. وَنُوقِضَ بِالمُسْتَأْجِرِ فَإِنَّ لهُ أَنْ يُؤَجِّرَ الدَّارَ وَلَيْسَ بِمَالكِهَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ مَالكُ المَنْفَعَة وَلِهَذَا أُقِيمَتْ العَيْنُ فِي ابْتِدَاءِ العَقْدِ مَقَامَ المَنْفَعَة لئَلا يَلزَمَ تَمْلِيكُ المَنْفَعَةِ المَعْدُومَة، وَمَنْ لهُ السُّكْنَى أُبِيحَتْ لهُ المَنْفَعَةُ وَلِهَذَا لَمْ تَقُمْ العَيْنُ مَقَامَ المَنْفَعَةِ فِي ابْتِدَاءِ الوَقْفِ، وَلا يَلزَمُ مِنْ جَوَازِ تَمْلِيكِ المَالكِ جَوَازُ تَمْلِيكِ غَيْرِه.

قَال (وَمَا انهَدَمَ مِن بِنَاءِ الوَقفِ وَآلتِهِ) صَرَفَهُ الحَاكِمُ فِي عِمَارَةِ الوَقفِ إن احتَاجَ إليهِ، وَإن استَغنَى عَنهُ أَمسَكَهُ حَتَّى يَحتَاجَ إلى عِمَارَتِهِ فَيَصرِفَهُ فِيهِمَا؛ لأنَّهُ لا بُدَّ مِن العِمَارَةِ لِيَبقَى عَلى التَّأبِيدِ فَيَحصُل مَقصُودُ الوَاقِفِ. فَإن مَسَّت الحَاجَةُ إليهِ فِي الحَال صَرَفَهَا فِيهَا، وَإلا أَمسَكَهَا حَتَّى لا يَتَعَذَّرَ عَليهِ ذَلكَ أَوَانَ الحَاجَةِ فَيَبطُلُ المَقصُودُ، وَإن

تَعَذَّرَ إعَادَةُ عَينِهِ إلى مَوضِعِهِ بِيعَ وَصُرِفَ ثَمَنُهُ إلى المَرَمَّةِ صَرفًا للبَدَلِ إلى مَصرِفِ المُبدَلِ (وَلا يَجُوزُ أن يَقسِمَهُ) يَعنِي النَّقضَ (بَينَ مُستَحَقِّي الوَقفِ) لأَنَّهُ جُزءٌ مِن العَينِ وَلا حَقَّ للمَوقُوفِ عَليهِم فِيهِ: وَإِنَّمَا حَقُّهُم فِي المَنَافِعِ، وَالعَينُ حَقُّ اللهِ تَعَالى فَلا يَصرِفُ إليهِم غَيرَ حَقِّهِم.

الشرح:

قَال (وَمَا انْهَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الوَقْفِ وَآلَته) قَال صَاحِبُ النِّهَايَة: قَوْلُهُ وَآلَته يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَجْرُورًا بالعَطْف عَلى البنَاء: يَعْنِي مَا انْهَدَمَ مِنْ آلَة الوَقْف بِأَنْ بَليَ خَشَبُ الوَقْفِ وَفَسَدَ، وَيَحْتَملُ أَنْ يَكُونَ مَرْفُوعًا بالعَطْفِ عَلى مَا المَوْصُولة وَهُوَ المَنْقُولُ عَنْ الثِّقَات، لأَنَّهُ لا يُقَالُ انْهَدَمَتْ الآلَةُ، وَالنَّقْضُ بِضَمِّ النُّونِ البِنَاءُ المَنْقُوضُ، وَفِي الصِّحَاحِ ذَكَرَهُ بِكَسْرِ النُّونِ لا غَيْرُ.

قَال (وَإِذَا جعَل الوَاقِفُ غلَّة الوَقفِ لنَفسِهِ أَو جعَل الوِلايَةَ إليهِ جَازَ عِندَ أَبِي يُوسُفَ) قَال ﷺ: ذَكَرَ فَصلينِ شَرطَ الغَلَّةِ لنَفسِهِ وَجَعَل الوِلايَةِ إليهِ. أَمَّا الأَوَّلُ فَهُوَ جَائِزٌ عِندَ أَبِي يُوسُفَ، وَلا يَجُوزُ عَلى قِيَاسِ قَول مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَولُ هِلالٍ الرَّازِيِّ وَبِهِ قَال الشَّافِعِيُّ. وَقِيل إنَّ الاختِلافَ بَينَهُمَا بِنَاءً عَلى الاختِلافِ فِي اشتِرَاطِ القَبضِ وَالإِفرَازِ. وَقِيل هِيَ مَسأَلَةٌ مُبتَدَأَةٌ، وَالخِلافُ فِيمَا إِذَا شَرَطَ البَعضَ لنَفسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعدَ مَوتِهِ للفُقَرَاءِ، وَفِيمَا إِذَا شَرَطَ الكُل لنَفسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَبَعدَ مَوتِهِ للفُقَرَاءِ سَوَاءٌ؛ وَلو وَقَفَ وَشَرَطَ البَعضَ أَو الكُل لأُمَّهَاتِ أَولادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ مَا دَامُوا أَحيَاءً، فَإِذَا مَاتُوا فَهُوَ للفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ، فَقَد قِيل يَجُوزُ بِالاتِّفَاقِ، وَقَد قِيل هُوَ عَلى الخِلافِ أَيضًا وَهُوَ الصَّحِيحُ لأَنَّ اشتِرَاطَهُ لهُم فِي حَيَاتِهِ كَاشتِرَاطِهِ لنَفسِهِ. وَجهُ قَول مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الوَقفَ تَبَرُّعٌ عَلى وَجهِ التَّمليكِ بِالطَّرِيقِ الذِي قَدَّمنَاهُ، فَاشتِرَاطُهُ البَعضَ أَو الكُل لنَفسِهِ يُبطِلُهُ؛ لأَنَّ التَّمليكَ مِن نَفسِهِ لا يَتَحَقَّقُ فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ، وَشَرطَ بَعضِ بُقعَةِ المَسجِدِ لنَفسِهِ. وَلأَبِي يُوسُفَ مَا رُوِيَ « أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ كَانَ يَأكُلُ مِن صَدَقَتِهِ »(١) وَالمُرَادُ مِنهَا صَدَقَتُهُ المَوقُوفَةُ، وَلا يَحِلُّ الأَكلُ مِنهَا إلا بِالشَّرطِ، فَدَل عَلى

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٧٣٩): غريب.

صِحَّتِهِ، وَلأَنَّ الوَقفَ إزَالَةُ المِلكِ إلى اللهِ تَعَالى عَلَى وَجهِ القُربَةِ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ، فَإذَا شَرَطَ البَعضَ أو الكُل لنَفسِهِ، فَقَد جَعَلَ مَا صَارَ مَملُوكًا للهِ تَعَالى لنَفسِهِ لا أنَّهُ يَجعَلُ مِلكَ نَفسِهِ لنَفسِهِ، وَهَذَا جَائِزٌ، كَمَا إذَا بَنَى خَانًا أو سِقَايَةً أو جَعَلَ أرضَهُ مَقبَرَةً، وَشَرَطَ أن يَنزِلَهُ أو يَشرَبَ مِنهُ أو يُدفَنَ فِيهِ، وَلأَنَّ مَقصُودَهُ القُربَةُ وَفِي الصَّرفِ إلى نَفسِهِ ذَلكَ، قَالَ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «نَفَقَةُ الرَّجُلِ عَلى نَفسِهِ صَدَقَةٌ»[١].

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَلا يَجُوزُ عَلى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ) بِنَاءً عَلى أَنَّ التَّسْلِيمَ إِلى الْمُتَوَلِّي شَرْطٌ عِنْدَهُ وَلَمْ يُوجَدْ. قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ: وَالفَتْوَى عَلى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ تَرْغِيبًا لِلنَّاسِ فِي الوَقْفِ. وَقَوْلُهُ (فَقَدْ قِيلَ يَجُوزُ بِالاتِّفَاقِ) وَهُوَ رِوَايَةُ المَبْسُوطِ وَالذَّخِيرَةِ وَالتَّتِمَّةِ وَفَتَاوَى قَاضِي خَانْ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عَلى أَصْلِ أَبِي يُوسُفَ، فَإِنَّهُ لَوْ شَرَطَ بَعْضَ الغَلَةِ أَوْ كُلَهَا لِنَفْسِهِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ جَازَ فَلأُمَّهَاتِ أَوْلادِهِ أَوْلى، وَإِنَّمَا الإِشْكَالُ عَلى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَاشْتِرَاطُهُ لأُمَّهَاتِ أَوْلادِهِ فِي حَيَاتِهِ بِمَنْزِلَةِ اشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ، وَلكِنْ جَوَّزَ ذَلِكَ اسْتِحْسَانًا لِلعُرْفِ، وَلأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ تَصْحِيحِ هَذَا الشَّرْطِ لَهُنَّ لأَنَّهُنَّ يَعْتِقْنَ بِمَوْتِهِ، فَاشْتِرَاطُهُ لَهُنَّ كَاشْتِرَاطِهِ لِسَائِرِ الأَجَانِبِ فَيَجُوزُ ذَلِكَ فِي حَيَاتِهِ أَيْضًا تَبَعًا لِمَا بَعْدَ الوَفَاةِ، وَقَدْ قِيلَ هُوَ عَلى الخِلافِ أَيْضًا وَهُوَ الصَّحِيحُ، لأَنَّ اشْتِرَاطَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ: أَيْ اشْتِرَاطُ صَرْفِ الغَلَةِ فِي ابْتِدَاءِ الوَقْفِ لأُمَّهَاتِ أَوْلادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ، وَذَكَّرَ الضَّمِيرَ تَغْلِيبًا لِلمُدَبَّرِينَ عَلى أُمَّهَاتِ الأَوْلادِ كَاشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ، ثُمَّ اشْتِرَاطُ صَرْفِ الغَلَةِ لِنَفْسِهِ فِي ابْتِدَاءِ الوَقْفِ جَائِزٌ بِدُونِ وَاسِطَةٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، فَكَذَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ صَرْفِ الغَلَةِ إِلى نَفْسِهِ انْتِهَاءً بِوَاسِطَةِ اشْتِرَاطِ صَرْفِ الغَلَةِ إِلى أُمَّهَاتِ أَوْلادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ. وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الوَقْفَ تَبَرُّعٌ عَلى وَجْهِ التَّمْلِيكِ بِالطَّرِيقِ الذي قَدَّمْنَاهُ: أَيْ بِطَرِيقِ التَّقَرُّبِ إِلى اللهِ تَعَالى، فَاشْتِرَاطُهُ الكُلَ أَوْ البَعْضَ لِنَفْسِهِ يُبْطِلُهُ لأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنْ نَفْسِهِ لا يَتَحَقَّقُ فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ المُنَفَّذَةِ، فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يُسَلِمَ قَدْرًا مِنْ مَالِهِ لِلفَقِيرِ عَلى وَجْهِ الصَّدَقَةِ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ بَعْضُهُ لهُ وَشَرْطِ بَعْضِ بُقْعَةِ المَسْجِدِ لِنَفْسِهِ، فَقَوْلُهُ وَشَرْطِ بِالجَرِّ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢١٣٨) عن المقدام، والحديث يروى عن عدة من الصحابة، وانظر نصب الراية (٣/٧٤٠).

عَطْفًا عَلى قَوْلِه كَالصَّدَقَة المُنَفَّذَة، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَجْعَل بَعْضَ المَسْجِد لنَفْسِه كَانَ مَانعًا عَنْ الجَوَازِ فِي الكُل، فَكَذَا إِذَا جَعَل بَعْضَ الغَلة لنَفْسِه.

وَقَوْلُهُ (وَلأَبِي يُوسُفَ مَا رُوِيَ « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ صَدَقَتِه ») ذَكَرَ الحَدِيثَ شَيْخُ الإِسْلامِ فِي مَبْسُوطِه، وَالمُرَادُ مِنْهُ الصَّدَقَةُ المَوْقُوفَةُ، وَلا يَحلُّ الأَكْلُ مِنْهُ إلا بِالشَّرْطِ بِالإِجْمَاعِ فَدَل عَلى صِحَّتِه. وَقَوْلُهُ (عَلى مَا بَيَّنَّاهُ) إِشَارَةٌ إِلى مَا ذُكِرَ عِنْدَ قَوْلِه وَلا يَتِمُّ الوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد حَتَّى يَجْعَل آخِرَهُ إِلى جِهَة لا تَنْقَطِعُ أَبَدًا بِقَوْلِه لَهُمَا إِنَّ مُوجَبَ الوَقْفِ زَوَالُ المِلكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ، وَإِلى قَوْلِه وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَقْصُودَ هُوَ التَّقَرُّبُ، فَعُلِمَ مِنْ هَذَا المَجْمُوعِ أَنَّ الوَقْفَ إِزَالَةُ المِلكِ إِلى اللهِ تَعَالى عَلى وَجْه القُرْبَة.

وَلو شَرَطَ الوَاقِفُ أَن يَستَبدِل بِهِ أَرضًا أُخرَى إِذَا شَاءَ ذَلكَ فَهُوَ جَائِزٌ عِندَ أَبِي يُوسُفَ، وَعِندَ مُحَمَّدٍ الوَقفُ جَائِزٌ وَالشَّرطُ بَاطِلٌ.

الشرح:

وَلوْ شَرَطَ الوَاقِفُ أَنْ يَسْتَبْدِل بِه أَرْضًا أُخْرَى إِذَا شَاءَ ذَلكَ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ فِي التَّوَسُّعِ فِي الوَقْفِ، وَعِنْدَ مُحَمَّد الوَقْفُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ لأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ لا يُؤَثِّرُ فِي المَنْعِ مِنْ زَوَالِه، وَالوَقْتُ يَتِمُّ بِذَلكَ وَلا يَنْعَدِمُ بِه مَعْنَى التَّأْبِيدِ فِي أَصْلِ الوَقْفِ، فَيَتِمُّ الوَقْفُ بِشُرُوطِه وَيَبْقَى الاسْتِبْدَالُ شَرْطًا فَاسِدًا فَيَكُونُ بَاطِلا فِي نَفْسِه كَالمَسْجِد إِذَا شُرِطَ الاسْتِبْدَالُ بِه أَوْ شُرِطَ أَنْ يُصَليَ فِيه قَوْمٌ دُونَ قَوْمٍ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَاتِّخَاذُ المَسْجِد صَحِيحٌ فَهَذَا مِثْلُهُ.

وَلو شَرَطَ الخِيَارَ لنَفسِهِ فِي الوَقفِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ الوَقفُ وَالشَّرطُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ وَعِندَ مُحَمَّدٍ الوَقفُ بَاطِلٌ، وَهَذَا بِنَاءً عَلى مَا ذَكَرنَا.

الشرح:

وَلوْ شَرَطَ الوَاقِفُ الخِيَارَ لنَفْسِه فِي الوَقْف ثَلاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ الوَقْفُ، وَالخِيَارُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ بِنَاءً عَلى التَّوْسِعَة كَمَا مَرَّ، وَعِنْدَ مُحَمَّد الوَقْفُ بَاطِلٌ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِه ثَلاثَةَ أَيَّامٍ لتَكُونَ مُدَّةُ الخِيَارِ مَعْلُومَةً، حَتَّى لوْ كَانَتْ مَجْهُولةً لا يَجُوزُ الوَقْفُ عَلى قَوْل أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيْ الخِلافُ (بِنَاءً عَلى مَا ذَكَرْنَاهُ) إِشَارَةٌ إِلى أَنَّ جَعْل غَلة الوَقْفِ لنَفْسِه جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ فَإِنَّهُ لمَّا جَازَ أَنْ يَسْتَثْنِيَ الوَاقِفُ الغَلةَ لنَفْسِه مَا دَامَ

حَيًّا فَكَذَلِكَ يَجُوزُ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ لِيُرَوِّي النَّظَرَ فِيهِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَمَّا لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ أَيْضًا، وَبِهَذَا الْبِنَاءِ صَرَّحَ فِي الْمَبْسُوطِ. ثُمَّ لَمَّا لَمْ يَصِحَّ الْوَقْفُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لَمْ يَنْقَلِبْ الْوَقْفُ جَائِزًا بِإِبْطَالِ الْخِيَارِ بَعْدَ ذَلِكَ لأَنَّ الْوَقْفَ لا يَجُوزُ إلا مُؤَبَّدًا وَشَرْطُ الْخِيَارِ يَمْنَعُ التَّأْبِيدَ فَكَانَ شَرْطُ الْخِيَارِ شَرْطًا فَاسِدًا فِي نَفْسِ الْعَقْدِ فَكَانَ الْمُفْسِدُ قَوِيًّا.

وَأَمَّا فَصلُ الوِلايَةِ فَقَد نَصَّ فِيهِ عَلَى قَولِ أَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ قَولُ هِلالٍ أَيضاً وَهُوَ ظَاهِرُ المَذهَبِ. وَذَكَرَ هِلالٌ فِي وَقفِهِ وَقَال أَقوَامٌ: إن شَرَطَ الوَاقِفُ الوِلايَةَ لِنَفسِهِ كَانَت لهُ وِلايَةٌ، وَإن لم يَشتَرِط لم تَكُن لهُ وِلايَةٌ. قَال مَشَايِخُنَا: الأَشبَهُ أَن يَكُونَ هَذَا قَولُ مُحَمَّدٍ، لأَنَّ مِن أَصلِهِ أَنَّ التَّسلِيمَ إلى القَيِّمِ شَرطٌ لِصِحَّةِ الوَقفِ، فَإِذَا سَلَّمَ لم يَبقَ لهُ وِلايَةٌ فِيهِ. وَلنَا أَنَّ المُتَوَلي إنَّمَا يَستَفِيدُ الوِلايَةَ مِن جِهَتِهِ بِشَرطِهِ فَيَستَحِيلُ أَن لا يَكُونَ لهُ الوِلايَةُ وَغَيرُهُ يَستَفِيدُ الوِلايَةَ مِنهُ، وَلأَنَّهُ أَقرَبُ النَّاسِ إلى هَذَا الوَقفِ فَيَكُونُ أَولى بِوِلايَتِهِ، كَمَن اتَّخَذَ مَسجِداً يَكُونُ أَولى بِعِمَارَتِهِ وَنَصبِ المُؤَذِّنِ فِيهِ، وَكَمَن أَعتَقَ عَبداً كَانَ الوَلاءُ لهُ لأَنَّهُ أَقرَبُ النَّاسِ إليهِ. وَلو أَنَّ الوَاقِفَ شَرَطَ وِلايَتَهُ لِنَفسِهِ وَكَانَ الوَاقِفُ غَيرَ مَأمُونٍ عَلى الوَقفِ فَلِلقَاضِي أَن يَنزِعَهَا مِن يَدِهِ نَظَراً لِلفُقَرَاءِ، كَمَا لهُ أَن يُخرِجَ الوَصِيَّ نَظَراً لِلصِّغَارِ، وَكَذَا إذَا شَرَطَ أَن لَيسَ لِلسُّلطَانِ وَلا لِقَاضٍ أَن يُخرِجَهَا مِن يَدِهِ وَيُوَلِّيهَا غَيرَهُ لأَنَّهُ شَرطٌ مُخَالِفٌ لِحُكمِ الشَّرعِ فَبَطَل

الشرح:

(قَوْلُهُ وَأَمَّا فَصْلُ الْوِلايَةِ فَقَدْ نَصَّ فِيهِ) أَيْ فَقَدْ نَصَّ الْقُدُورِيُّ فِي فَصْلِ الْوِلايَةِ بِالْجَوَازِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ بِقَوْلِهِ وَإِذَا جَعَلَ الْوَاقِفُ إلَى قَوْلِهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ هِلالٍ أَيْضًا، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَذَكَرَ هِلالٌ فِي وَقْفِهِ، وَقَالَ أَقْوَامٌ: إنَّ شَرْطَ الْوَاقِفِ الْوِلايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْ لَمْ تَكُنْ لَهُ وِلايَةٌ، وَهَذَا بِظَاهِرِهِ لا يَسْتَقِيمُ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لأَنَّ لَهُ الْوِلايَةَ شَرَطَ أَوْ سَكَتَ، وَلا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لأَنَّ التَّسْلِيمَ إلَى الْمُتَوَلِّي شَرْطُ صِحَّةِ الْوَقْفِ فَكَيْفَ يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْوَاقِفُ الْوِلايَةَ لِنَفْسِهِ وَهُوَ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إلَى الْمُتَوَلِّي، فَلِهَذَا أَوَّلَهُ بَعْضُ مَشَايِخِنَا وَقَالُوا: الأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلَ مُحَمَّدٍ لأَنَّ مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ التَّسْلِيمَ إلَخْ، وَمَعْنَاهُ إذَا سَلَّمَهُ إلَى الْمُتَوَلِّي وَقَدْ شَرَطَ

الوِلايَةَ لِنَفْسِهِ حِينَ وَقَفَهُ كَانَ لهُ الوِلايَةُ بَعْدَمَا سَلمَهُ إلى المُتَوَلي، وَالدَّلِيلُ عَلى ذَلكَ مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي السِّيَرِ إذَا وَقَفَ ضَيْعَةً وَأَخْرَجَهَا إلى القَيِّمِ لا تَكُونُ لهُ الوِلايَةُ بَعْدَ ذَلكَ إلا أَنْ يَشْتَرِطَ الوِلايَةَ لِنَفْسِهِ، وَأَمَّا إذَا لَمْ يَشْتَرِطْ فِي ابْتِدَاءِ الوَقْفِ فَلَيْسَ لهُ وِلايَةٌ بَعْدَ التَّسْلِيمِ. قَالَ قَاضِي خَانْ: وَهَذِهِ المَسْأَلةُ بِنَاءٌ عَلى أَنَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ التَّسْلِيمُ إلى المُتَوَلي شَرْطٌ لِصِحَّةِ الوَقْفِ فَلا تَبْقَى لهُ وِلايَةٌ بَعْدَ التَّسْلِيمِ إلا أَنْ يَشْتَرِطَ الوِلايَةَ لِنَفْسِهِ، أَمَّا عَلى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ فَالتَّسْلِيمُ إلى المُتَوَلي لَيْسَ بِشَرْطٍ فَكَانَتْ الوِلايَةُ لِلوَاقِفِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ الوِلايَةَ لِنَفْسِهِ. وَقَوْلُهُ (وَلَنَا أَنَّ المُتَوَلِيَ إنَّمَا يَسْتَفِيدُ الوِلايَةَ مِنْ جِهَتِهِ) اسْتِدْلالٌ لِأَبِي يُوسُفَ، وَعَبَّرَ عَنْهُ بِقَوْلِهِ: " وَلَنَا " إشَارَةً إلى أَنَّهُ المُخْتَارُ، وَكَلامُهُ البَاقِي ظَاهِرٌ لا يَحْتَاجُ إلى شرح:، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فَصلٌ

(وَإِذَا بَنَى مَسجِدًا لم يَزُل مِلكُهُ عَنهُ حَتَّى يَفرِزَهُ عَن مِلكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيَأذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلاةِ فِيهِ، فَإِذَا صَلى فِيهِ وَاحِدٌ زَال عِندَ أَبِي حَنِيفَة عَن مِلكِهِ) أَمَّا الإِفرَازُ فَلِأَنَّهُ لا يَخلُصُ للهِ تَعَالى إلا بِهِ، وَأَمَّا الصَّلاةُ فِيهِ فَلِأَنَّهُ لا بُدَّ مِن التَّسلِيمِ عِندَ أَبِي حَنِيفَة وَمُحَمَّدٍ، وَيُشتَرَطُ تَسلِيمُ نَوعِهِ، وَذَلكَ فِي المَسجِدِ بِالصَّلاةِ فِيهِ، أَو لِأَنَّهُ لمَّا تَعَذَّرَ القَبضُ فَقَامَ تَحَقُّقُ المَقصُودِ مَقَامَهُ ثُمَّ يُكتَفَى بِصَلاةِ الوَاحِدِ فِيهِ فِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي حَنِيفَة، وَكَذَا عَن مُحَمَّدٍ؛ لأَنَّ فِعل الجِنسِ مُتَعَذِّرٌ فَيُشتَرَطُ أَدنَاهُ.

وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُشتَرَطُ الصَّلاةُ بِالجَمَاعَة؛ لأَنَّ المَسجِدَ بُنِيَ لِذَلكَ فِي الغَالِبِ (وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَزُولُ مِلكُهُ بِقَولِهِ جَعَلته مَسجِدًا) لأَنَّ التَّسلِيمَ عِندَهُ لَيسَ بِشَرطٍ؛ لأَنَّهُ إسقَاطٌ لِمِلكِ العَبدِ فَيَصِيرُ خَالِصًا للهِ تَعَالى بِسُقُوطِ حَقِّ العَبدِ وَصَارَ كَالإِعتَاقِ، وَقَد بَيَّنَّاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

(فَصلٌ): فَصَلَ أَحْكَامَ المَسْجِدِ عَمَّا قَبْلهُ فِي فَصْلٍ عَلى حِدَةٍ لِمُخَالفَةِ أَحْكَامِهِ لِمَا قَبْلهُ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ التَّسْلِيمِ إلى المُتَوَلي عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَمَنْعِ الشُّيُوعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَخُرُوجِهِ عَنْ مِلكِ الوَاقِفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَإِنْ لَمْ يَحْكُمْ بِهِ الحَاكِمُ فَرَّقَ أَبُو حَنِيفَةَ بَيْنَ الوَقْفِ وَالمَسْجِدِ، فَإِنَّ الوَقْفَ إذَا لَمْ يَحْكُمْ بِهِ حَاكِمٌ وَلَمْ يَكُنْ مُوصًى بِهِ وَلا مُضَافًا إلى

مَا بَعْدَ المَوْت كَانَ لهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيه، وَأَمَّا المَسْجدُ فَلَيْسَ لهُ أَنْ يَرْجِعَ فيه وَلا يَبِيعَهُ، وَلا يُورَثُ عَنْهُ لأَنَّ الوَقْفَ اجْتَمَعَ فِيه مَعْنَيَان: الحَبْسُ، وَالصَّدَقَةُ، فَإِذَا قَال وَقَفْت فَكَأَنَّهُ قَال حَبَسْت العَيْنَ عَلى ملكي وَتَصَدَّقْت بالغَلة، وَلوْ صَرَّحَ بذَلكَ لا يَصحُّ مَا لَمْ يُوص بِه لأَنَّ التَّصَدُّقَ بالغَلة المَعْدُومَة لا يَصحُّ، فَإِذَا أَوْصَى به أَوْ أَضَافَهُ إلى مَا بَعْدَ المَوْت كَانَ لازمًا بَعْدَ مَوْته، وَأَمَّا إذَا قَال جَعَلت أَرْضِي مَسْجدًا فَلَيْسَ فيه مَا يُوجبُ البَقَاءَ عَلى ملكه، فَلوْ أَزَالهُ لله تَعَالى لَمْ يَكُنْ لهُ أَنْ يَرْجِعَ كَمَا لوْ أَزَالهُ بالإعْتَاق، وَكَلامُهُ وَاضحٌ.

وَقَوْلُهُ (وَعَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الصَّلاةُ فيه بالجَمَاعَة) وَهُوَ روَايَةٌ عَنْ أَبي حَنيفَةَ أَيْضًا، وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلكَ أَنْ تَكُونَ الصَّلاةُ جَهْرِيَّةً بأَذَان وَإِقَامَة، حَتَّى لوْ صَلى جَمَاعَةٌ بغَيْر أَذَان وَإِقَامَة سرًّا لا يَصيرُ مَسْجدًا عنْدَ أَبي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد، فَإنْ أَذَّنَ رَجُلٌ وَاحدٌ وَأَقَامَ وَصَلى وَحْدَهُ صَارَ مَسْجدًا بالاتِّفَاق لأَنَّ صَلاتَهُ عَلى هَذَا الوَصْف كَالجَمَاعَة. وَقَوْلُهُ (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ منْ قَبْلُ) إشَارَةٌ إلى مَا قَال عنْدَ قَوْله وَلا يَتمُّ الوَقْفُ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد بقَوْله لهُمَا أَنَّ مُوجبَ الوَقْف زَوَالُ الملك بدُون التَّمْليك وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالعتْق، وَالسِّرْدَابُ بكَسْر السِّين مُعَرَّبُ سرْدَابَةَ. وَهُوَ بَيْتٌ يُتَّخَذُ تَحْتَ الأَرْض للتَّبْريد.

قَال: وَمَن جَعَل مَسجِدًا تَحتَهُ سِردَابٌ أَو فَوقَهُ بَيتٌ وَجَعَل بَابَ المَسجِدِ إلى الطَّرِيقِ، وَعَزَلهُ عَن مِلكِهِ فَلهُ أَن يَبِيعَهُ، وَإِن مَاتَ يُورَثُ عَنهُ؛ لأَنَّهُ لم يَخلُص للهِ تَعَالى لبَقَاءِ حَقِّ العَبدِ مُتَعَلقًا بِهِ، وَلو كَانَ السِّردَابُ لمَصَالحِ المَسجِدِ جَازَ كَمَا فِي مَسجِدِ بَيتِ المَقدِسِ. وَرَوَى الحَسَنُ عَنهُ أَنَّهُ قَال: إذَا جَعَل السُّفل مَسجِدًا وَعَلى ظَهرِهِ مَسكَنٌ فَهُوَ مَسجِدٌ؛ لأَنَّ المَسجِدَ مِمَّا يَتَأَبَّدُ، وَذَلكَ يَتَحَقَّقُ فِي السُّفل دُونَ العُلُوِّ. وَعَن مُحَمَّدٍ عَلى عَكسِ هَذَا؛ لأَنَّ المَسجِدَ مُعَظَّمٌ، وَإِذَا كَانَ فَوقَهُ مَسكَنٌ أَو مُستَغَلٌّ يَتَعَذَّرُ تَعظِيمُهُ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الوَجهَينِ حِينَ قَدِمَ بَغدَادَ وَرَأَى ضِيقَ المَنَازِل فَكَأَنَّهُ اعتَبَرَ الضَّرُورَةَ. وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ حِينَ دَخَل الرَّيَّ أَجَازَ ذَلكَ كُلهُ لمَا قُلنَا.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (فَلهُ أَنْ يَبِيعَهُ) أَيْ لا يَكُونُ مَسْجدًا وَهُوَ ظَاهرُ الرِّوَايَة، لأَنَّ المَسْجدَ مَا يَكُونُ خَالصًا لهُ تَعَالى، قَال تَعَالى ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨] أَضَافَ المَسَاجدَ إلى ذَاته مَعَ أَنَّ جَميعَ الأَمَاكن لهُ، فَاقْتَضَى ذَلكَ خُلُوصَ المَسَاجد لله تَعَالى، وَمَعَ بَقَاء

حَقٌّ العِبَادِ فِي أَسْفَلِه أَوْ فِي أَعْلَاهُ لا يَتَحَقَّقُ الخُلُوصُ (قَوْلُهُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الوَجْهَيْنِ) يَعْنِي فِيمَا إِذَا كَانَ تَحْتَهُ سِرْدَابٌ أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ.

وَعَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ أَجَازَ ذَلِكَ كُلَّهُ: أَيْ مَا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ وَفَوْقَهُ بَيْتٌ مُسْتَغَلٌّ أَوْ دَكَاكِينُ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّد بِهَذَا الطَّرِيقِ وَلَمْ يَقُلْ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّد مَعَ أَنَّ هَذَيْنِ القَوْلَيْنِ مِنْهُمَا فِي الحُكْمِ سَوَاءٌ لِيَتَهَيَّأَ لَهُ مَا ذُكِرَ لِكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا مِنْ دُخُولِ مَخْصُوصٍ فِي مِصْرٍ مَخْصُوصٍ، وَلِأَنَّهُ ذَكَرَ زِيَادَةَ التَّعْمِيمِ بِلَفْظِ الكُلِّ فِي قَوْلِ مُحَمَّد، وَقَوْلُهُ لِمَا قُلْنَا يَعْنِي مِنْ الضَّرُورَةِ.

قَال (وَكَذَلِكَ إِن اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسجِداً وَأَذِنَ للنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهِ) يَعنِي لهُ أَن يَبِيعَهُ وَيُورَثُ عَنهُ؛ لأَنَّ المَسجِدَ مَا لا يَكُونُ لأَحَدٍ فِيهِ حَقُّ المَنعِ، وَإِذَا كَانَ مِلكُهُ مُحِيطًا بِجوَانِبِهِ كَانَ لهُ حَقُّ المَنعِ فَلم يَصِر مَسجِداً، وَلأَنَّهُ أَبقَى الطَّرِيقَ لنَفسِهِ فَلم يَخلُص للهِ تَعَالى (وَعَن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لا يُبَاعُ وَلا يُورَثُ وَلا يُوهَبُ) اعتَبَرَهُ مَسجِداً، وَهَكَذَا عَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَصِيرُ مَسجِداً؛ لأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَونِهِ مَسجِداً وَلا يَصِيرُ مَسجِداً إلا بِالطَّرِيقِ دَخَل فِيهِ الطَّرِيقُ وَصَارَ مُستَحقًّا كَمَا يَدخُلُ فِي الإِجَارَةِ مِن غَيرِ ذِكرٍ.

الشرح:

قَال (وَكَذَلِكَ إِنْ اتَّخَذَ وَسْطَ دَارِه مَسْجِدًا) وَسْطَ بِالسُّكُون لِأَنَّهُ اسْمٌ مُبْهَمٌ لِدَاخِلِ صَحْنِ الدَّارِ لا لِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ بَيْنَ طَرَفَيْ الصَّحْنِ وَكَلامُهُ وَاضِحٌ. وَقَوْلُهُ (وَلِأَنَّهُ أَبْقَى الطَّرِيقَ لِنَفْسِهِ) فَلَمْ يَخْلُصْ للهِ تَعَالى، حَتَّى لوْ عُزِل بَابُهُ إلى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ صَارَ مَسْجِدًا.

قَال (وَمَن اتَّخَذَ أَرضَهُ مَسجِداً لم يَكُن لهُ أَن يَرجِعَ فِيهِ وَلا يَبِيعَهُ وَلا يُورَثُ عَنهُ) لأَنَّهُ تَجَرَّدَ عَن حَقِّ العِبَادِ وَصَارَ خَالصًا للهِ، وَهَذَا لأَنَّ الأَشيَاءَ كُلهَا للهِ تَعَالى، وَإِذَا أَسقَطَ العَبدُ مَا ثَبَتَ لهُ مِن الحَقِّ رَجَعَ إلى أَصلهِ فَانقَطَعَ تَصَرُّفُهُ عَنهُ كَمَا فِي الإِعتَاقِ.

وَلو خَربَ مَا حَول المَسجِدِ وَاستُغنِيَ عَنهُ يَبقَى مَسجِداً عِندَ أَبِي يُوسُفَ لأَنَّهُ إِسقَاطٌ مِنهُ فَلا يَعُودُ إلى مِلكِهِ، وَعِندَ مُحَمَّدٍ يَعُودُ إلى مِلكِ البَانِي، أَو إلى وَارِثِهِ بَعدَ مَوتِهِ؛ لأَنَّهُ عَيَّنَهُ لنَوعِ قُربَةٍ، وَقَد انقَطَعَت فَصَارَ كَحَصِيرِ المَسجِدِ وَحَشِيشِهِ إِذَا استُغنِيَ عَنهُ، إلا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَقُولُ فِي الحَصِيرِ وَالحَشِيشِ إِنَّهُ يُنقَلُ إلى مَسجِدٍ آخَرَ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَلَوْ خَرِبَ مَا حَوْلَ المَسْجِد وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ) على بِنَاءِ المَفْعُول (يَبْقَى مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) إلى أَنْ قَال: وَعِنْدَ مُحَمَّد يَعُودُ إلى ملك البَانِي. قَال فِي النِّهَايَة: وَفِي الحَقِيقَة هَذِه المَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلى مَا بَيَّنَّاهُ، فَإِنَّ أَبَا يُوسُفَ لا يَشْتَرِطُ فِي الابْتِدَاءِ إِقَامَةَ الصَّلاة فيه لِيَصِيرَ مَسْجِدًا فَكَذَلِكَ فِي الانْتِهَاء، وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الصَّلاةَ فيه لا يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَسْجِدًا وَمُحَمَّدٌ يَشْتَرِطُ فِي الابْتِدَاء إِقَامَةَ الصَّلاة فِيه بِالجَمَاعَة لِيَصِيرَ مَسْجِدًا فَكَذَلِكَ فِي الانْتِهَاء، وَإِذَا تَرَكَ النَّاسُ الصَّلاةَ فيه بِالجَمَاعَة يَخْرُجُ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَسْجِدًا. وَحُكِيَ أَنَّ مُحَمَّدًا مَرَّ بِمَزْبَلة فَقَال: هَذَا مَسْجِدُ أَبِي يُوسُفَ، يُرِيدُ بِه أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَقُل بِعَوْدِه إلى ملك البَانِي يَصِيرُ مَزْبَلةً عِنْدَ تَطَاوُل المُدَّة، وَمَرَّ أَبُو يُوسُفَ بِإِصْطَبْلٍ فَقَال: هَذَا مَسْجِدُ مُحَمَّد: يَعْنِي أَنَّهُ لَمَّا قَال يَعُودُ ملكًا فَرُبَّمَا يَجْعَلُهُ المَالكُ إِصْطَبْلا بَعْدَ أَنْ كَانَ مَسْجِدًا، فَكُلٌّ وَاحد مِنْهُمَا اسْتَبْعَدَ مَذْهَبَ صَاحِبِه لِمَا أَشَارَ إِلَيْه.

اسْتَدَل أَبُو يُوسُفَ بِأَنَّهُ سَقَطَ ملكُهُ فِي ذَلكَ المِقْدَار فَلا يَعُودُ إلى ملكه وَاسْتَظْهَرَ بِالكَعْبَة، فَإِنَّ فِي زَمَان الفَتْرَة قَدْ كَانَ حَوْلَ الكَعْبَة عَبَدَةُ الأَصْنَام، ثُمَّ لَمْ يَخْرُجْ مَوْضعُ الكَعْبَة بِه عَنْ أَنْ يَكُونَ مَوْضعًا للطَّاعَة وَالقُرْبَة خَالصًا لله تَعَالى، فَكَذَلكَ فِي سَائِر المَسَاجِد. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: عُيِّنَ هَذَا الجُزْءُ مِنْ ملكه مَصْرُوفًا إلى قُرْبَة بِعَيْنهَا، فَإِذَا انْقَطَعَ ذَلكَ عَادَ إلى ملكه أَوْ ملك وَارِثه وَصَارَ كَحَشِيشِ المَسْجِد وَحَصِيرِه إِذَا اسْتُغْنِيَ عَنْهُ. إلا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَقُولُ فِي الحَصِير وَالحَشِيشِ يُنْقَلُ إلى مَسْجِد آخَرَ.

قَال (وَمَن بَنَى سِقَايَةً للمُسلمِينَ أَو خَانًا يَسكُنُهُ بَنُو السَّبِيل أَو رِبَاطًا أَو جَعَل أَرضَهُ مَقبَرَةً لم يَزُل مِلكُهُ عَن ذَلكَ حَتَّى يَحكُمَ بِهِ الحَاكِمُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لأَنَّهُ لم يَنقَطِع عَن حَقِّ العَبدِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ لهُ أَن يَنتَفِعَ بِهِ فَيَسكُنَ فِي الخَانِ وَيَنزِل فِي الرِّبَاطِ وَيَشرَبَ مِن السِّقَايَةِ، وَيُدفَنَ فِي المَقبَرَةِ فَيُشتَرَطُ حُكمُ الحَاكِمِ أَو الإِضَافَةُ إلى مَا بَعدَ المَوتِ كَمَا فِي الوَقفِ عَلَى الفُقَرَاءِ، بِخِلافِ المَسجِدِ؛ لأَنَّهُ لم يَبقَ لهُ حَقُّ الانتِفَاعِ بِهِ فَخَلصَ للهِ تَعَالى مِن غَيرِ حُكمِ الحَاكِمِ (وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ يَزُولُ مِلكُهُ بِالقَول) كَمَا هُوَ أَصلُهُ، إذ التَّسليمُ عِندَهُ ليسَ بِشَرطٍ وَالوَقفُ لازِمٌ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ إذَا استَقَى النَّاسُ مِن السِّقَايَةِ وَسَكَنُوا الخَانَ وَالرِّبَاطَ وَدُفِنُوا فِي المَقبَرَةِ زَال المِلكُ؛ لأَنَّ التَّسليمَ عِندَهُ شَرطٌ وَالشَّرطُ

تَسليمُ نَوعِهِ، وَذَلكَ بِمَا ذَكَرنَاهُ.

وَيُكتَفَى بِالوَاحِدِ لتَعَذُّرِ فِعل الجِنسِ كُلهِ، وَعَلَى هَذَا البِئرُ المَوقُوفَةُ وَالحَوضُ، وَلو سُلمَ إلى المُتَوَلي صَحَّ التَّسليمُ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ كُلهَا؛ لأَنَّهُ نَائِبٌ عَن المَوقُوفِ عَليهِ، وَفِعلُ النَّائِبِ كَفِعل المَنُوبِ عَنهُ، وَأَمَّا فِي المَسجِدِ فَقَد قِيل لا يَكُونُ تَسليمًا؛ لأَنَّهُ لا تَدبِيرَ للمُتَوَلي فِيهِ، وَقِيل يَكُونُ تَسليمًا؛ لأَنَّهُ يَحتَاجُ إلى مَن يَكنُسُهُ وَيُغلقُ بَابَهُ، فَإِذَا سُلمَ إليهِ صَحَّ التَّسليمُ، وَالمَقبَرَةُ فِي هَذَا بِمَنزِلةِ المَسجِدِ عَلى مَا قِيل؛ لأَنَّهُ لا مُتَوَليَ لهُ عُرفًا.

وَقِيل هِيَ بِمَنزِلةِ السِّقَايَةِ وَالخَانِ فَيَصِحُّ التَّسليمُ إلى المُتَوَلي؛ لأَنَّهُ لو نُصِّبَ المُتَوَلي يَصِحُّ، وَإِن كَانَ بِخِلافِ العَادَةِ، وَلو جَعَل دَارًا لهُ بِمَكَّةَ سُكنَى لحَاجِّ بَيتِ اللهِ وَالمُعتَمِرِينَ، أَو جَعَل دَارَهِ فِي غَيرِ مَكَّةَ سُكنَى للمَسَاكِينِ، أَو جَعَلهَا فِي ثَغرٍ مِن الثُّغُورِ سُكنَى للغُزَاةِ وَالمُرَابِطِينَ. أَو جَعَل غَلةَ أَرضِهِ للغُزَاةِ فِي سَبِيل اللهِ تَعَالى وَدَفَعَ ذَلكَ إلى وَالٍ يَقُومُ عَليهِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلا رُجُوعَ فِيهِ لمَا بَيَّنَّا إلا أَنَّ فِي الغَلةِ تَحِلُّ للفُقَرَاءِ دُونَ الأَغنِيَاءِ، وَفِيمَا سِوَاهُ مِن سُكنَى الخَانِ وَالاستِقَاءِ مِن البِئرِ وَالسِّقَايَةِ وَغَيرِ ذَلكَ يَستَوِي فِيهِ الغَنِيُّ وَالفَقِيرُ، وَالفَارِقُ هُوَ العُرفُ فِي الفَصلينِ. فَإِنَّ أَهل العُرفِ يُرِيدُونَ بِذَلكَ فِي الغَلةِ الفُقَرَاءَ، وَفِي غَيرِهَا التَّسوِيَةَ بَينَهُم وَبَينَ الأَغنِيَاءِ، وَلأَنَّ الحَاجَةَ تَشمَلُ الغَنِيَّ وَالفَقِيرَ فِي الشُّربِ وَالنُّزُول. وَالغَنِيُّ لا يَحتَاجُ إلى صَرفِ هَذَا الغَلةِ لغِنَاهُ، وَاللهُ تَعَالى أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَمَنْ بَنَى سِقَايَةً أَوْ خَانًا) ظَاهِرٌ. وَقَوْلُهُ (بِخِلافِ المَسْجِدِ) يَعْنِي أَنَّ حُكْمَ الحَاكِمِ وَالإِضَافَةَ إلى مَا بَعْدَ المَوْتِ لَيْسَا بِشَرْطٍ فِي المَسْجِدِ. وَقَوْلُهُ (وَذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَاهُ) يَعْنِي أَنَّ التَّسْلِيمَ يَحْصُلُ بِالاسْتِقَاءِ وَالسُّكْنَى وَالنُّزُول وَالدَّفْنِ فِي السِّقَايَةِ وَالخَانِ وَالرِّبَاطِ وَالمَقْبَرَةِ وَقَوْلُهُ (فِي هَذِهِ الوُجُوهِ) أَيْ فِي السِّقَايَةِ وَالخَانِ وَالرِّبَاطِ وَالمَقْبَرَةِ. وَقَوْلُهُ (وَيُكْتَفَى بِالوَاحِدِ) ظَاهِرٌ، وَقَوْلُهُ (سُكْنَى الحَاجِّ بَيْتُ اللهِ تَعَالى) الحَاجُّ اسْمُ جَمْعٍ بِمَعْنَى الحُجَّاجِ كَالسَّامِرِ بِمَعْنَى السُّمَّارِ فِي قَوْله تَعَالى ﴿سَٰمِرًا تَهْجُرُونَ﴾ [المؤمنون:٦٧] وَالثَّغْرُ مَوْضِعُ المَخَافَةِ مِنْ فُرُوجِ البُلْدَانِ، وَيُقَالُ رَابِطُ الجَيْشِ: أَقَامَ فِي الثَّغْرِ بِإِزَاءِ العَدُوِّ مُرَابَطَةً وَرِبَاطًا، وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ.

كِتَابُ البُيُوعِ

قَالَ (البَيعُ يَنعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ إِذَا كَانَا بِلفظَي المَاضِي) مِثل أَن يَقُول أَحَدُهُمَا بِعت وَالآخَرُ اشتَرَيت؛ لأَنَّ البَيعَ إِنشَاءُ تَصَرُّفٍ، وَالإِنشَاءُ يُعرَفُ بِالشَّرعِ وَالمَوضُوعُ لِلإِخبَارِ قَد استُعمِل فِيهِ فَيَنعَقِدُ بِهِ. وَلا يَنعَقِدُ بِلفظَينِ أَحَدُهُمَا لفظُ المُستَقبَل وَالآخَرُ لفظُ المَاضِي، بِخِلافِ النِّكَاحِ، وَقَد مَرَّ الفَرقُ هُنَاكَ. وَقَولُهُ رَضِيت بِكَذَا أَو أَعطَيتُك بِكَذَا أَو خُذهُ بِكَذَا فِي مَعنَى قَولِهِ بِعت وَاشتَرَيت؛ لأَنَّهُ يُؤَدِّي مَعنَاهُ، وَالمَعنَى هُوَ المُعتَبَرُ فِي هَذِهِ العُقُودِ، وَلِهَذَا يَنعَقِدُ بِالتَّعَاطِي فِي النَّفِيسِ وَالخَسِيسِ هُوَ الصَّحِيحُ لِتَحَقُّقِ المُرَاضَاةِ.

الشرح:

(كِتَابُ البُيُوعِ): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ أَنْوَاعِ حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى وَذَكَرَ بَعْضَ حُقُوقِ العِبَادِ شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا بَقِيَ مِنْهَا، وَذَكَرَ البُيُوعَ بَعْدَ الوَقْفِ لأَنَّ كُلا مِنْهُمَا مُزِيلٌ لِلملكِ وَالبَيْعُ فِي اللُّغَةِ تَمْليكُ المَال بِالمَال، وَزِيدَ عَلَيْهِ فِي الشَّرْعِ فَقِيل: هُوَ مُبَادَلَةُ المَال بِالمَال بِالتَّرَاضِي بِطَرِيقِ الاكْتِسَابِ.

وَهُوَ مِنْ الأَضْدَادِ لُغَةً. وَاصْطِلاحًا يُقَالُ: بَاعَ الشَّيْءَ إِذَا شَرَاهُ، وَيُقَالُ بَاعَهُ الشَّيْءَ وَبَاعَ مِنْهُ، وَلاشْتِمَاله عَلَى الأَنْوَاعِ الآتِي ذِكْرُهَا جَمَعُوهُ، وَجَوَازُهُ ثَابِتٌ بِالكِتَاب بِقَوْله تَعَالَى ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة٢٧٥] وَبِالسُّنَّة «فَإِنَّهُ ﷺ بُعِثَ وَالنَّاسُ يَتَبَايَعُونَ فَقَرَّرَهُمْ عَلى ذَلِكَ»، وَالتَّقْرِيرُ أَحَدُ وُجُوه السُّنَّة، وَبِالإِجْمَاعِ فَإِنَّهُ لَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ مِنَ المُلِّيِّينَ وَغَيْرِهِمْ، وَبِالمَعْقُول وَهُوَ سَلبُ شَرْعِيَّته، فَإِنَّ تَعَلُّقَ البَقَاءِ المَقْدُورِ بِتَعَاطِيهَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، وَقَدْ بَيَّنَّا ذَلِكَ فِي التَّقْرِيرِ **وَرُكْنُهُ** الإِيجَابُ وَالقَبُولُ أَوْ مَا دَل عَلى ذَلِكَ. **وَشَرْطُهُ** مِنْ جِهَةِ العَاقِدَيْنِ العَقْلُ وَالتَّمْيِيزُ، وَمِنْ جِهَةِ المَحَل كَوْنُهُ مَالا مُتَقَوِّمًا مَقْدُور التَّسْليمِ.

وَحُكْمُهُ إِفَادَةُ المِلك وَهُوَ القُدْرَةُ عَلى التَّصَرُّفِ فِي المَحَل شَرْعًا، فَلا يُشْكِلُ بِتَصَرُّفِ المُشْتَرِي فِي المَبِيعِ قَبْل القَبْضِ بِالبَيْعِ فَإِنَّهُ مُمْتَنِعٌ مَعَ كَوْنه ملكًا لهُ لأَنَّ ذَلكَ التَّصَرُّفَ لَيس بِشَرْعِيٍّ مُطْلَقًا لنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ **بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ** هَذَا هُوَ المَقْصُودُ مِنْ شَرْعِيَّةِ البَيْعِ، وَقَدْ يَتَرَتَّبُ عَلَيْه غَيْرُهُ كَوُجُوب الاسْتِبْرَاءِ وَثُبُوت الشُّفْعَة وَعِتْق القَرِيب وَملك المُتْعَة فِي الجَارِيَةِ وَالخِيَارَات بِطَرِيقِ الضِّمْن. **وَأَنْوَاعُهُ** بِاعْتِبَارِ المَبِيعِ أَرْبَعَةٌ: بَيْعُ

السِّلعِ بِمثْلِهَا وَيُسَمَّى مُقَايضَةً.

وَبَيْعُهَا بِالدَّيْنِ: أَعْنِي الثَّمَنَ. وَبَيْعُ الثَّمنِ بِالثَّمَنِ كَبَيْعِ النَّقْدَيْنِ وَيُسَمَّى الصَّرْفَ. وَبَيْعُ الدَّيْنِ بِالعَيْنِ وَيُسَمَّى سَلَمًا. وَبِاعْتِبَارِ الثَّمنِ كَذَلِكَ الْمُسَاوَمَةُ، وَهِيَ التِي لا تَلتَفِتُ إلى الثَّمَنِ السَّابِقِ، وَالْمُرَابَحَة، وَالتَّوْلِيَة، وَالوَضِيعَة وَسَيَأْتِي تَفْسِيرُهَا. قَالَ رَحِمَهُ اللهُ (البَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُول) الانْعِقَادُ هَاهُنَا تَعَلُّقُ كَلامِ أَحَدِ العَاقِدَيْنِ بِالآخَرِ شَرْعًا عَلى وَجْهٍ يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي المَحَل. وَالإِيجَابُ الإِثْبَاتُ. وَيُسَمَّى مَا تَقَدَّمَ مِنْ كَلامِ العَاقِدَيْنِ إِيجَابًا لأَنَّهُ يَثْبُتُ للآخَرِ خِيَارُ القَبُول، فَإِذَا قَبِلَ يُسَمَّى كَلامُهُ قَبُولا وَحِينَئِذٍ لا خَفَاءَ فِي وَجْهِ تَسْمِيَةِ الكَلامِ الْمُتَقَدِّمِ إِيجَابًا وَالْمُتَأَخِّرِ قَبُولا.

وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ بِلفْظَيْنِ مَاضِيَيْنِ مِثْلُ أَنْ يَقُول الْمُوجِبُ بِعْت وَالْمُجِيبُ اشْتَرَيْت لأَنَّ البَيْعَ إِنْشَاءُ تَصَرُّفٍ شَرْعِيٍّ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ، فَالبَيْعُ يُعْرَفُ بِهِ، أَمَّا أَنَّ البَيْعَ إِنْشَاءٌ فَلأَنَّ الإِنْشَاءَ إِثْبَاتُ مَا لَمْ يَكُنْ، وَهُوَ صَادِقٌ عَلى البَيْعِ لا مَحَالَةَ؛ وَأَمَّا كَوْنُهُ شَرْعِيًا فَلأَنَّ الكَلامَ فِي المَبيعِ شَرْعًا، وَأَمَّا أَنَّ كُل مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ لأَنَّ تَلقِّي الأُمُورِ الشَّرْعِيَّة لا يَكُونُ إلا مِنْهُ وَالشَّرْعُ قَدْ اسْتَعْمَل المَوْضُوعَ للإِخْبَارِ لُغَةً فِي الإِنْشَاءِ فَيَنْعَقِدُ بِهِ، هَذَا تَقْرِيرُ كَلامِ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللهُ فَلا بُدَّ مِنْ ضَمِّ شَيْءٍ إلى ذَلكَ وَهُوَ أَنْ يُقَال: وَكَانَ اسْتِعْمَالُهُ بِلفْظِ المَاضِي وَإِلا لا يَتِمُّ الدَّلِيلُ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

قَال رَحِمَهُ اللهُ (لا يَنْعَقِدُ بِلفْظَيْنِ. أَحَدُهُمَا المَاضِي، وَالآخَرُ بِلفْظِ المُسْتَقْبَل) وَإِنَّمَا لا يَنْعَقِدُ بِذَلكَ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَعْمَل فِيهِ لفظَ المَاضِي الذي يَدُلُّ عَلى تَحَقُّقِ وُجُودِهِ فَكَانَ الانْعِقَادُ مُقْتَصِرًا عَلَيْهِ، وَلأَنَّ لفظَ المُسْتَقْبَل إِنْ كَانَ مِنْ جَانِبِ البَائِعِ كَانَ عِدَةً لا بَيْعًا، وَإِنْ كَانَ مِنْ جَانِبِ المُشْتَرِي كَانَ مُسَاوَمَةً. وَقِيل هَذَا إِذَا كَانَ اللفْظَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا مُسْتَقْبَلا بِدُونِ نِيَّة الإِيجَابِ فِي الحَال.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ المُرَادُ ذَلكَ فَيَنْعَقِدُ البَيْعُ وَأُسْنِدَ ذَلكَ إلى تُحْفَة الفُقَهَاءِ وَشرح: الطَّحَاوِيِّ. ثُمَّ قِيل فِي تَعْليلِه؛ لأَنَّ صِيغَةَ الاسْتِقْبَال تَحْتَمِلُ الحَال فَصَحَّتْ النِّيَّةُ. وَقِيل لأَنَّ هَذَا اللفْظَ وُضِعَ للحَال وَفِي وُقُوعِه للاسْتِقْبَال ضَرْبُ تَجَوُّزٍ، وَفِيه بَحْثٌ لأَنَّ المَذْكُورَ لفْظُ المُسْتَقْبَل، وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالسِّينِ أَوْ سَوْفَ وَهُوَ لا يَحْتَمِلُ الحَال وَلا

وُضِعَ لهُ، فَإِنْ أَرَادَ الشَّيْخُ مِنْ لفْظِ المُسْتَقْبَل ذَلكَ فَلا خَفَاءَ فِي عَدَمِ انْعِقَادِ البَيْعِ بِهِ، وَنِيَّةُ الحَالِ غَيْرُ صَحِيحَةٍ لعَدَمِ مُصَادَفَتِهَا المَحَل.

وَإِنْ أَرَادَ مَا يَحْتَمِلُ الاسْتِقْبَال وَهُوَ صِيغَةُ المُضَارِعِ فَيَجُوزُ أَنْ يُقَال إِنَّهُ لَمْ يَقُل بِالجَوَازِ بِهِ وَإِنْ كَانَ بِالنِّيَّةِ لأَنَّهَا إِنَّمَا تَعْمَلُ فِي المُحْتَمَلاتِ لا فِي المَوْضُوعَاتِ الأَصْلِيَّةِ، وَالفِعْلُ المُضَارِعُ عِنْدَ الفُقَهَاءِ حَقِيقَةٌ فِي الحَالِ عَلى مَا عُرِفَ فَلا يَحْتَاجُ إِلى النِّيَّةِ وَلا يَنْعَقِدُ بِهِ لِمَا مَرَّ مِنْ الأَثَرِ وَالمَعْقُول، لا يُقَالُ: سَلمْنَا أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الحَال لكِنَّ النِّيَّةَ إِنَّمَا هِيَ لدَفْعِ المُحْتَمَل وَهُوَ العِدَةُ لا لإِرَادَةِ الحَقِيقَةِ، لأَنَّ المَعْهُودَ أَنَّ المَجَازَ يَحْتَاجُ إِلى مَا يَنْفِي إِرَادَةَ الحَقِيقَةِ لا أَنَّ الحَقِيقَةَ تَحْتَاجُ إِلى مَا يَنْفِي إِرَادَةَ المَجَازِ عَلى أَنَّهُ دَافِعٌ للمَعْقُول دُونَ الأَثَرِ.

فَإِنْ قِيل: فَمَا وَجْهُ مَا ذُكِرَ فِي **شرح**: الطَّحَاوِيِّ؟ فَالجَوَابُ أَنْ يُقَال: المُضَارِعُ حَقِيقَةٌ فِي الحَال فِي غَيْرِ البُيُوعِ وَالحَقِيقَةُ الشَّرْعِيَّةُ فِيهَا هُوَ اللفْظُ المَاضِي وَالمُضَارِعُ فِيهَا مَجَازٌ فَيَحْتَاجُ إِلى النِّيَّةِ فَقَوْلُهُ (بِخِلافِ النِّكَاحِ) يَعْنِي أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِذَلكَ، فَإِنَّ أَحَدَهُمَا إِذَا قَال زَوِّجْنِي فَقَال الآخَرُ زَوَّجْتُك انْعَقَدَ، وَقَدْ مَرَّ الفَرْقُ هُنَاكَ، وَهُوَ مَا قَال إِنَّ هَذَا تَوْكِيلٌ بِالنِّكَاحِ وَالوَاحِدُ يَتَوَلى طَرَفَيْ النِّكَاحِ.

قَال رَحِمَهُ اللهُ: وَقَوْلُهُ (رَضِيت أَوْ أَعْطَيْتُك) هَذَا لبَيَان أَنَّ **انْعِقَادَ البَيْعِ لا يَنْحَصِرُ فِي لفْظِ بِعْت وَاشْتَرَيْت**، بَل كُلُّ مَا دَل عَلى ذَلكَ يَنْعَقِدُ بِهِ، فَإِذَا **قَال بِعْت مِنْك هَذَا بِكَذَا فَقَال رَضِيت أَوْ أَعْطَيْتُك الثَّمَنَ أَوْ قَال اشْتَرَيْت مِنْك هَذَا بِكَذَا فَقَال رَضِيت أَوْ أَعْطَيْت: أَيْ المَبِيعَ بِذَلكَ الثَّمَنِ** انْعَقَدَ لإِفَادَةِ المَعْنَى المَقْصُود، وَكَذَا إِذَا **قَال اشْتَرَيْت هَذَا مِنْك بِكَذَا فَقَال خُذْهُ:** يَعْنِي بِعْت بِذَلكَ فَخُذْهُ لأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالأَخْذِ بِالبَدَل وَهُوَ لا يَكُونُ إِلا بِالبَيْعِ فَقَدَّرَ البَيْعَ اقْتِضَاءً فَصَارَ كُلُّ مَا يُؤَدِّي مَعْنَى بِعْت وَاشْتَرَيْت سَوَاءٌ فِي انْعِقَادِ البَيْعِ بِهِ لأَنَّ المَعْنَى هُوَ المُعْتَبَرُ فِي هَذِهِ العُقُودِ، وَقَيَّدَهُ بِذَلكَ لأَنَّ بَعْضَ العُقُودِ قَدْ يَحْتَاجُ إِلى اللفْظِ وَلا يَنْعَقِدُ بِدُونِهِ كَمَا فِي المُفَاوَضَةِ إِذَا لمْ يُبَيِّنَا جَمِيعَ مَا تَقْتَضِيهِ (وَلهَذَا) أَيْ وَلكَوْنِ المَعْنَى هُوَ المُعْتَبَرُ فِي هَذِهِ العُقُودِ (يَنْعَقِدُ البَيْعُ بِالتَّعَاطِي فِي النَّفِيسِ وَالخَسِيسِ لتَحَقُّقِ) المَقْصُودِ وَهُوَ التَّرَاضِي.

وَقَوْلُهُ (هُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْل الكَرْخِيِّ البَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالتَّعَاطِي فِي الخَسِيسِ

كَالبَقْل وَأَمْثَاله، ثُمَّ إِنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللهُ أَشَارَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلى أَنَّ تَسْلِيمَ المَبِيعِ يَكْفِي فِي تَحَقُّقِه

قَال (وَإِذَا أَوجَبَ) أَحَدُ المُتَعَاقِدَينِ البَيعَ فَالآخَرُ بِالخِيَارِ إِن شَاءَ قَبِل فِي المَجلسِ وَإِن شَاءَ رَدَّ، وَهَذَا خِيَارُ القَبُول؛ لأَنَّهُ لو لم يَثبُت لهُ الخِيَارُ يَلزَمُهُ حُكمُ البَيعِ مِن غَيرِ رِضَاهُ، وَإِذَا لم يَفسُد لحُكمِ بِدُونِ قَبُول الآخَرِ فَللمُوجِبِ أَن يَرجِعَ عَنهُ قَبل قَبُولهِ لخُلُوِّهِ عَن إِبطَال حَقِّ الغَيرِ، وَإِنَّمَا يَمتَدُّ إِلى آخِرِ المَجلسِ؛ لأَنَّ المَجلسَ جَامِعُ المُتَفَرِّقَاتِ فَاعتُبِرَت سَاعَاتُهُ سَاعَةً وَاحِدَةً دَفعًا للعُسرِ وَتَحقِيقًا لليُسرِ.

وَالكِتَابُ كَالخِطَابِ، وَكَذَا الإِرسَالُ حَتَّى أُعتُبِرَ مَجلسُ بُلُوغِ الكِتَابِ وَأَدَاءِ الرِّسَالةِ، وَلَيسَ لهُ أَن يَقبَل فِي بَعضِ المَبِيعِ وَلا أَن يَقبَل المُشتَرِي بِبَعضِ الثَّمَنِ لعَدَمِ رِضَا الآخَرِ بِتَفَرُّقِ الصَّفقَةِ، إِلا إِذَا بَيَّنَ كُلُّ وَاحِدٍ؛ لأَنَّهُ صَفقَاتٌ مَعنًى. قَال (وَأَيُّهُمَا قَامَ عَن المَجلسِ قَبل القَبُول بَطَل الإِيجَابُ؛ لأَنَّ القِيَامَ دَليلُ الإِعرَاضِ) وَالرُّجُوعِ، وَلهُ ذَلكَ عَلى مَا ذَكَرنَاهُ.

الشرح:

قَال رَحِمَهُ اللهُ (وَإِذَا أَوْجَبَ) إِذَا **قَال البَائِعُ مَثَلا بِعْتُك هَذَا بِكَذَا فَالآخَرُ بالخِيَارِ**، إِنْ شَاءَ قَال فِي المَجْلسِ قَبلت، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ، وَهَذَا يُسَمَّى خِيَارَ القَبُول، وَهَذَا لأَنَّهُ لوْ لمْ يَكُنْ مُخْتَارًا فِي الرَّدِّ وَالقَبُول لكَانَ مَجْبورًا عَلى أَحَدِهِمَا وَانْتَفَى التَّرَاضِي، فَمَا فَرَضْنَاهُ بَيْعًا لمْ يَكُنْ بَيْعًا هَذَا خَلفٌ، وَإِذَا كَانَ إِيجَابُ أَحَدِهِمَا غَيْرَ مُفِيدٍ للحُكْمِ بِدُونِ قَبُول الآخَرِ كَانَ للمُوجِبِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْ إِيجَابِه لخُلُوِّه عَنْ إِبْطَال حَقِّ الغَيْرِ.

فَإِنْ قِيل: سَلمْنَا أَنَّ إِيجَابَ أَحَدِهِمَا غَيْرُ مُفِيدٍ للحُكْمِ وَهُوَ الملكُ لكِنَّ حَقَّ الغَيْرِ لمْ يَنْحَصِرْ فِي ذَلكَ فَإِنَّ حَقَّ التَّمَلُّك ثَبَتَ للمُشْتَرِي بِإِيجَاب البَائِعِ وَهُوَ حَقٌّ للمُشْتَرِي فَلا يَكُونُ الرُّجُوعُ خَاليًا عَنْ إِبْطَال حَقِّ الغَيْرِ. فَالجَوَابُ أَنَّ الإِيجَابَ إِذَا لمْ يَكُنْ مُفِيدًا للحُكْمِ وَهُوَ الملكُ كَانَ الملكُ حَقِيقَةً للبَائِعِ وَحَقُّ التَّمَلُّك للمُشْتَرِي إِنْ سَلمَ ثُبُوتُهُ بِإِيجَابِ البَائِعِ لا يَمْنَعُ الحَقِيقَةَ لكَوْنِهَا أَقْوَى مِنْ الحَقِّ لا مَحَالةَ وَلا يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا دَفَعَ الزَّكَاةَ إِلى السَّاعِي قَبْل الحَوْل، فَإِنَّ المُزَكِّيَ لا يَقْدِرُ عَلى الاسْتِرْدَادِ لتَعَلُّق حَقِّ الفَقِيرِ بِالمَدْفُوعِ، لأَنَّ حَقِيقَةَ الملكِ زَالتْ مِنْ المُزَكِّي فَعَمِل الحَقُّ عَمَلهُ لانْتِفَاءِ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهُ

(قَوْلُهُ وَإِنَّمَا يمتَدُّ إلى آخرِ المَجْلسِ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جوَابًا عَمَّا يُقَالُ مَا وَجْهُ اخْتِصَاصِ خِيَارِ الرَّدِّ وَالقَبُول بِالمَجْلسِ وَلَم لا يَبْطُلُ الإيجَابُ عَقيبَ خُلُوِّهِ عَنْ القَبُول أَوْ لَمْ يَتوقَّفْ عَلى مَا وَرَاءَ المَجْلسِ. وَتَقْرِيرُ الجوَابِ أَنَّ فِي إبْطَاله قَبْلَ انْقضَاءِ المَجْلسِ عُسْرًا بِالمُشْتَرِي، وَفِي إبْقَائه فيمَا وَرَاءَ المَجْلسِ عُسْرًا بالبَائِع، وَفِي التَّوقُّف على المَجْلسِ يُسْرًا بِهِمَا جَميعًا. وَالمَجْلسُ جَامِعٌ للمُتَفرِّقَاتِ كَمَا تَقدَّمَ فِي أَوَّل الكِتَابِ فَجُعِلتْ سَاعَاتُهُ سَاعَةً وَاحِدَةً دَفْعًا للعُسْرِ وَتَحْقِيقًا لليُسْرِ.

فَإِنْ قِيل: فَلمَ لا يَكُونُ الخُلعُ وَالعِتْقُ عَلى مَالٍ كَذَلكَ؟ فَالجوَابُ أَنَّهُمَا اشْتَمَلا عَلى اليَمِينِ مِنْ جَانبِ الزَّوْجِ وَالمَوْلى فكَانَ ذَلكَ مَانعًا عَنْ الرُّجُوعِ فِي المَجْلسِ فَيَتَوقَّفُ الإيجَابُ فيهِمَا عَلى مَا وَرَاءَ المَجْلسِ. قَال رَحِمَهُ اللهُ (وَالكِتَابُ كَالخِطَابِ) إذَا كَتَبَ أَمَّا بَعْدُ فَقَدْ بِعْتُك عَبْدِي فُلانًا بِأَلفِ دِرْهَمٍ أَوْ قَال لِرَسُوله بِعْت هَذَا مِنْ فُلانٍ الغَائِبِ بِأَلفِ دِرْهَمٍ فَاذْهَبْ فَأَخْبِرْهُ بذَلكَ فَوصَل الكِتَابُ إلى المَكْتُوبِ إليْه وَأَخْبَرَ الرَّسُولُ المُرْسَل إليْه فَقَال فِي مَجْلسِ بُلُوغِ الكِتَابِ وَالرِّسَالةِ اشْتَرَيْت أَوْ قَبلت تَمَّ البَيْعُ بَيْنَهُمَا. لأَنَّ الكِتَابَ مِنْ الغَائِبِ كَالخِطَابِ مِنْ الحَاضِرِ.

«لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُبَلغُ تَارَةً بِالكِتَابِ وَتَارَةً بِالخِطَابِ»، وَكَانَ ذَلكَ سَوَاءً فِي كَوْنِه مُبَلغًا. وَكَذَلكَ الرَّسُولُ مُعَبِّرٌ وَسَفِيرٌ فَنَقل كَلامُهُ إليْه قَال رَحِمَهُ اللهُ (وَليْسَ لهُ أَنْ يَقْبَل فِي بَعْضِ المَبِيعِ) يَعْنِي إذَا **أَوْجَبَ البَائِعُ البَيْعَ فِي شَيْئَيْنِ فَصَاعِدًا وَأَرَادَ المُشْتَرِي قَبُول العَقْد فِي أَحَدهِمَا لا غَيْرُ.** فَإِنْ كَانَتْ الصَّفْقَةُ وَاحِدَةً فَليْسَ لهُ ذَلكَ لتَضرُّرِ البَائِعِ بِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ عَليْه لأَنَّ العَادَةَ فيمَا بَيْنَ النَّاسِ أَنَّهُمْ يَضُمُّونَ الجَيِّدَ إلى الرَّدِيءِ فِي البِيَاعَاتِ وَيُنْقِصُونَ عَنْ ثَمَنِ الجَيِّد لتَرْوِيجِ الرَّدِيءِ به، فَلوْ ثَبَتَ خِيَارُ قَبُول العَقْدِ فِي أَحَدهِمَا لقَبلِ المُشْتَرِي العَقْدَ فِي الجَيِّدِ وَتَرَكَ الرَّدِيءَ فَزَال الجَيِّدُ عَنْ يَدِ البَائعِ بِأَقَل مِنْ ثَمَنِه وَفِيه ضَرَرٌ عَلى البَائعِ لا مَحَالةَ.

وَهَذَا التَّعْليلُ فِي الصُّورَةِ المَوْضُوعَة صَحِيحٌ، وَأَمَّا إذَا وُضِعَتْ المَسْأَلةُ فيمَا إذَا **بَاعَ عَبْدًا بِأَلفٍ مَثَلا وَقَبِل المُشْتَرِي فِي نِصْفِه** فَليْسَ بِصَحِيحٍ. وَالصَّحِيحُ فيه أَنْ يُقَال: يَتَضرَّرُ البَائعُ بسَبَبِ الشَّرِكَة. فَإِنْ قِيل: فَإِنْ رَضِيَ البَائعُ فِي المَجْلسِ هَل يَصِحُّ أَوْ لا؟ أُجِيبَ بِأَنَّ القُدُورِيَّ قَال: إنَّهُ يَصِحُّ وَيَكُونُ ذَلكَ مِنْ المُشْتَرِي فِي الحَقِيقَةِ اسْتِئْنَافَ

إيجاب لا قَبُول، وَرِضَا البَائِع قَبُولا. قَال: وَإِنَّمَا يَصِحُّ مِثْلُ هَذَا إذَا كَانَ للبَعْضِ الذي قَبلهُ المُشْتَرِي حِصَّةٌ مَعْلُومَةٌ منْ الثَّمَنِ كَالصُّورَةِ المَذْكُورَة، وَفي القَفيزَيْن بَاعَهُمَا بعَشرَة لأنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا باعْتبَارِ الأَجْزَاء فَتَكُونُ حِصَّةُ كُل بَعْضٍ مَعْلُومَةً، فَأَمَّا إذَا أَضَافَ العَقْدَ إلى عَبْدَيْنِ أَوْ ثَوْبَيْنِ لَمْ يَصِحَّ العَقْدُ بِقَبُول أَحَدِهِمَا وَإِنْ رَضِيَ البَائِعُ لأنَّهُ يَلزَمُ البَيْعُ بالحِصَّة ابْتِدَاءً.

وَأَنَّهُ لا يَجُوزُ كَمَا سَيَأْتِي، وَإِنْ كَانَتْ الصَّفْقَةُ مُتَفَرِّقَةً كَانَ لهُ ذَلكَ لانْتفَاء الضَّرَرِ عَنْ البَائِع، وَإِلَيْه أَشَارَ بقَوْلِه (إلا إذَا بَيَّنَ ثَمَنَ كُل وَاحِد لأَنَّهَا صَفَقَاتٌ مَعْنًى) وَالصَّفْقَةُ ضَرْبُ اليَد عَلى اليَدِ فِي البَيْعِ وَالبَيْعَة. ثُمَّ جُعلتْ عبَارَةً عَنْ العَقْد نَفْسه، وَالعَقْدُ يَحْتَاجُ إلى مَبِيع وَثَمَنٍ وَبَائِعٍ وَمُشْتَرٍ وَبَيْع وَشرَاء، وَباتِّحَاد بَعْضِ هَذه الأَشْيَاء مَعَ بَعْضٍ وَتَفَرُّقِهَا يَحْصُلُ اتِّحَادُ الصَّفْقَة وَتَفْرِيقُهَا، فَإِذَا اتَّحَدَ الجَمْعُ اتَّحَدَتْ الصَّفْقَةُ، وَكَذَا إذَا اتَّحَدَ سوَى المَبِيع كَقَوْله بعْتهمَا بمائَة فَقَال قَبلت.

وَاتِّحَادُ الجَمِيع سوَى الثَّمَنِ لا يُتَصَوَّرُ فَيَكُونُ مَعَ تَعَدُّد المَبِيع كَأَنْ قَال بعْتهمَا بمائَة فَقَال قَبلت أَحَدَهُمَا بستِّينَ وَالآخَرَ بأَرْبَعينَ وَذَلكَ يَكُونُ صَفْقَةً وَاحدَةً أَيْضًا كَمَا ذُكِرَ فِي الكِتَاب، وَاتِّحَادُ الجَميع سوَى البَائِع كَأَنْ قَال بعْنَا هَذَا منْك بمائَة فَقَال قَبلت يُوجبُ اتِّحَادَ الصَّفْقَة، وَاتِّحَادُ الجَميع سوَى المُشْتَري كَأَنْ قَال بعْته منْكُمَا بمائَة فَقَالا قَبلنَا كَذَلكَ وَتَفَرُّقُ الجَميع يُوجبُ تَفَرُّقَ الصَّفْقَة وَتَفَرُّقَ المَبيع.

وَالثَّمَنُ إنْ كَانَ بتَكْرِيرِ لفْظ المَبيع فَكَذَلكَ، وَكَذَا تَفَرُّقُهُمَا بتَكْرِير لفْظ الشِّرَاء، هَذَا كُلُّهُ قيَاسًا وَاسْتحْسَانًا، وَأَمَّا تَعَدُّدُ البَائِع مَعَ تَعَدُّد الثَّمَنِ وَالمَبيع بلا تَكْرِيرِ لفْظ البَيْع فَكَذَا تَفَرُّقُ المُشْتَرِي مَعَ تَفَرُّق المَبيع وَالثَّمَن بِدُون تَكْرِير لفْظ الشِّرَاء فَيُوجبُ التَّفَرُّقَ قيَاسًا لا استحْسَانًا. وَقيل لا يُوجبُ التَّفَرُّقَ عَلى قَوْل أَبي حَنيفَةَ وَيُوجبُهُ عَلى قَوْل صَاحبَيْه، قَال: وَأَيُّهُمَا قَامَ منْ المَجْلسِ قَبْل القَبُول بَطَل الإيجَابُ، هَذَا مُتَّصِلٌ بقَوْله إنْ شَاءَ قَبِل فِي المَجْلسِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ.

وَهُوَ إشَارَةٌ إلى أَنَّ رَدَّ الإيجَاب تَارَةً يَكُونُ صَرِيحًا وَأُخْرَى دَلالَةً، فَإِنَّ القيَامَ دَليلٌ للإعْرَاضِ وَالرُّجُوعِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ المُوجبَ الرُّجُوعُ صَرِيحًا، وَالدَّلالَةُ تَعْمَلُ عَمَل الصَّرِيح. فَإِنْ قيل: الدَّلالَةُ تَعْمَلُ عَمَل الصَّرِيح إذَا لَمْ يُوجَدْ صَرِيحٌ يُعَارِضُهَا وَهَاهُنَا لوْ

قَال بَعْدَ القِيَامِ قبلت وُجِدَ الصَّرِيحُ فَيَتَرَجَّحُ عَلى الدَّلالةِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الصَّرِيحَ إنَّمَا وُجِدَ بَعْدَ عَمَلِ الدَّلالة فَلا يُعَارِضُهَا

وَإذَا حَصَلَ الإيجَابُ وَالقَبُولُ لزِمَ البَيعُ وَلا خِيَارَ لوَاحِدٍ مِنهُمَا إلا مِن عَيبٍ أو عَدَمِ رُؤيَتِهِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يَثبُتُ لكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا خِيَارُ المَجلسِ لقَوله عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «المُتَبَايِعَانِ بِالخِيَارِ مَا لم يَتَفَرَّقَا»[1] وَلنَا أَنَّ فِي الفَسخِ إبطَالُ حَقِّ الآخَرِ فَلا يَجُوزُ. وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلى خِيَارِ القَبُول. وَفِيهِ إشَارَةٌ إليهِ فَإنَّهُمَا مُتَبَايِعَانِ حَالَةَ المُبَاشَرَةِ لا بَعدَهَا أَو يَحتَمِلهُ فَيُحمَلُ عَليهِ، وَالتَّفَرُّقُ فِيهِ تَفَرُّقُ الأَقوَال.

الشرح:

(**وَإذَا حَصَلَ الإيجَابُ وَالقَبُولُ ثُمَّ البَيْعُ وَلزِمَ**، وَليْسَ لوَاحد منْ المُتَعَاقدَيْنِ الخِيَارُ إلا مِنْ عَيْبٍ أَوْ عَدَمِ رُؤْيَة) خلافًا للشَّافعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فَإنَّهُ أَثْبَتَ لكُلٍّ منْهُمَا خيَارَ المَجْلسِ عَلى مَعْنَى أَنَّ لكُلٍّ مِنْ المُتَعَاقِدَيْنِ بَعْدَ تَمَامِ العَقْد أَنْ يَرُدَّ العَقْدَ بدُون رِضَا صَاحبه مَا لمْ يَتَفرَّقَا بالأَبْدَان، وَاسْتَدَل عَلى ذَلكَ (بقَوْله ﷺ «**البَيِّعَان بالخِيَارِ مَا لمْ يَتفرَّقَا**») فَإنَّ التَّفرُّقَ عَرْضٌ فَيَقُوَّمُ بالجَوْهَرِ وَهُوَ الأَبْدَانُ.

(وَلنَا أَنَّ فِي الفَسْخِ إبْطَال حَقِّ الآخَرِ) وَهُوَ لا يَجُوزُ. وَالجَوَابُ عَنْ الحَديث أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلى خِيَارِ القَبُول وَقَدْ تَقَدَّمَ تَفْسِيرُهُ. وَفِيه إشَارَةٌ إلى ذَلكَ لأَنَّ الأَحْوَال ثَلاثٌ: قَبْل قَبُولهمَا. وَبَعْدَ قَبُولهمَا، وَبَعْدَ كَلامِ المُوجبِ قَبْل قَوْل المُجيب. وَإطْلاقُ المُتَبَايِعَيْنِ في الأَوَّليْنِ مَجَازٌ باعْتبَارِ مَا يَئُولُ إليْه أَوْ مَا كَانَ عَليْه. وَالثَّالثُ حَقِيقَةٌ فَيكُونُ مُرَادًا، أَوْ يُحتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادًا فَيُحْمَلُ عَليْه. وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ أَحَدَهُمَا مُرَادٌ وَالآخَرَ مُحْتَملٌ للإرَادَة. لا يُقَالُ: العُقُودُ الشَّرْعيَّةُ في حُكْمِ الجَوَاهرِ فَيكُونَان مُتَبَايعَيْنِ بَعْدَ وُجُود كَلامهمَا، لأَنَّ البَاقيَ بَعْدَ كَلامهمَا حُكْمُ كَلامهمَا شَرْعًا لا حَقيقَةُ كَلامهمَا، وَالكَلامُ في حَقيقَة الكَلامِ وَهَذَا التَّأْويلُ مَنْقُولٌ عَنْ إبْرَاهيمَ النَّخَعيِّ.

وَقَوْلُهُ (وَالتَّفرُّقُ تَفرُّقُ الأَقْوَال) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ التَّفَرُّقُ عَرَضٌ فَيَقُوَّمُ بالجَوْهَر. وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: حَمْلُ التَّفَرُّق عَلى ذَلكَ يَسْتَلزِمُ قِيَامَ العَرْضِ بالعَرْضِ وَهُوَ مُحَالٌ بإجْمَاعِ مُتَكَلمِي أَهْل السُّنَّة فَيَكُونُ إسْنَادُ التَّفَرُّق إليْهَا مَجَازًا، فَمَا وَجْهُ تَرْجيح

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٤٢ حديث (٢١٠٧)، ومسلم في البيوع (حديث ٤٥).

مَجَازِكُمْ عَلى مَجَازِهِمْ؟. وَأُجِيبَ بِأَنَّ إِسْنَادَ التَّفْرِيقِ وَالتَّفَرُّقِ إِلى غَيْرِ الأَعْيَانِ سَائِغٌ شَائِعٌ، فَصَارَ بِسَبَبِ فَشْوِ الاسْتِعْمَالِ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ الحَقِيقَةِ، قَال تَعَالى ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ ﴾ [البينة: ٤] الآيَةَ وَقَال ﴿ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِّن رُّسُلِهِۦ ﴾ [البقرة: ٢٨٥] وَالْمُرَادُ التَّفَرُّقُ فِي الاعْتِقَادِ.

وَقَال ﷺ «**سَتَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلى ثَلاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً**» وَهُوَ أَيْضًا فِي الاعْتِقَادِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ المَجَازَ بِاعْتِبَارِ مَا يَئُولُ إِلَيْهِ أَوْ مَا كَانَ عَلَيْهِ أَيْضًا كَذَلِكَ، عَلى أَنَّ ذَلِكَ يَصِحُّ عَلى مَذْهَبِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ لا عَلى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِنَّ الحَقِيقَةَ المُسْتَعْمَلَةَ أَوْلى مِنْ المَجَازِ المُتَعَارَفِ عِنْدَهُ، وَلَعَل الأَوْلى أَنْ يُقَال: حَمْلُهُ عَلى التَّفَرُّقِ بِالأَبْدَانِ رَدٌّ إِلى الجَهَالةِ، إِذْ لَيْسَ لهُ وَقْتٌ مَعْلُومٌ وَلا غَايَةَ مَعْرُوفَةٌ فَيَصِيرُ مِنْ أَشْبَاهِ بَيْعِ المُلامَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ وَهُوَ مَقْطُوعٌ بِفَسَادِهِ عَادَةً، وَهَذَا مَعْنَى قَوْل مَالكٍ رَحِمَهُ اللهُ: لَيْسَ لهَذَا الحَدِيثِ حَدٌّ مَعْرُوفٌ.

أَوْ نَقُولُ: التَّفَرُّقُ يُطْلَقُ عَلى الأَعْيَانِ وَالمَعَانِي بِالاشْتِرَاكِ اللفْظِيِّ. وَتَتَرَجَّحُ جِهَةُ التَّفَرُّقِ بِالأَقْوَال بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَدَاءِ حَمْلهِ عَلى التَّفَرُّقِ بِالأَبْدَانِ إِلى الجَهَالةِ وَهَذَا التَّأْوِيلُ: أَعْنِي حَمْل التَّفَرُّقِ عَلى الأَقْوَال مَنْقُولٌ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ رَحِمَهُ اللهُ.

قال (وَالأعواضُ المُشَارُ إليهَا لا يُحتَاجُ إلى مَعرِفَةِ مِقدَارِهَا فِي جَوَازِ البَيعِ) لأنَّ بِالإشَارَةِ كِفَايَةً فِي التَّعرِيفِ وَجَهَالةُ الوَصفِ فِيهِ لا تُفضِي إلى المُنَازَعَةِ

الشرح:

قَال رَحِمَهُ اللهُ (وَالأَعْوَاضُ المُشَارُ إِلَيْهَا لا يُحْتَاجُ إِلى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِهَا) **الأَعْوَاضُ المُشَارُ إِلَيْهَا ثَمَنًا كَانَتْ أَوْ مُثَمَّنًا لا يُحْتَاجُ إِلى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِهَا فِي جَوَازِ البَيْعِ**، لأَنَّ بِالإِشَارَةِ كِفَايَةً فِي التَّعْرِيفِ المُنَافِي للجَهَالةِ المُفْضِيَةِ إِلى المُنَازَعَةِ المَانِعَةِ مِنْ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ اللذَيْنِ أَوْجَبَهُمَا عَقْدُ البَيْعِ، فَإِنَّ جَهَالةَ الوَصْفِ لا تُفْضِي إِلى المُنَازَعَةِ لوُجُودِ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهُ فِي التَّعْرِيفِ، وَكَوْنُ التَّقَابُضِ نَاجِزًا فِي البَيْعِ بِخِلافِ السَّلمِ عَلى مَا سَيَأْتِي، وَهَذَا إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا لمْ تَكُنْ الأَعْرَاضُ رِبَوِيَّةً، أَمَّا إِذَا كَانَتْ رِبَوِيَّةً فَجَهَالةُ المِقْدَارِ تَمْنَعُ الصِّحَّةَ لاحْتِمَال الرِّبَا، وَإِنَّمَا لمْ يُقَيِّدْ فِي الكِتَابِ لأَنَّ ذَلكَ مِمَّا يَتَعَلقُ بِالرِّبَا وَهَذَا البَابُ ليْسَ لبَيَانِهِ.

(وَالأثمَانُ المُطلقَةُ) لا تَصِحُّ إلا أن تَكُونَ مَعرُوفَةَ القدرِ وَالصِّفَةِ؛ لأنَّ التَّسليمَ وَالتَّسلُّمَ وَاجِبٌ بِالعقدِ، وَهَذِهِ الجهَالَةُ مُفضِيَةٌ إلى المُنَازَعَةِ فَيَمتَنِعُ التَّسليمُ وَالتَّسلُّمُ، وَكُلُّ جهَالَةٍ هَذِهِ صِفَتُهَا تَمنَعُ الجوَازَ، هَذَا هُوَ الأصلُ

الشرح:

قَال (وَالأَثْمَانُ المُطْلَقَةُ لا تَصِحُّ إلا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةَ القَدْرِ وَالصِّفَة) **الأَثْمَانُ المُطْلَقَةُ عَنْ الإشَارَةِ لا يَصِحُّ بِهَا العَقْدُ إلا أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةَ القَدْرِ** كَعَشَرَةٍ وَنَحْوِهَا، وَالصِّفَةُ كَكَوْنِهَا بُخَارِيًّا أَوْ سَمَرْقَنْدِيًّا لأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ بِالعَقْدِ، وَكُلُّ مَا هُوَ وَاجِبٌ بِالعَقْدِ يَمْتَنِعُ حُصُولُهُ بِالجَهَالَةِ المُفْضِيَةِ إلى النِّزَاعِ فَالتَّسْلِيمُ يَمْتَنِعُ بِهَا (وَهَذِهِ الجَهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إلى المُنَازَعَةِ فَيَمْتَنِعُ التَّسْلِيمُ وَالتَّسَلُّمُ) وَيَفُوتُ الغَرَضُ المَطْلُوبُ مِنْ البَيْعِ.

قَال (وَيَجُوزُ البَيعُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَمُؤَجَّلٍ إذَا كَانَ الأَجَلُ مَعلُومًا) لإطلاقِ قَولهِ تَعَالى ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ وَعَنهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَنَّهُ اشتَرَى مِن يَهُودِيٍّ طَعَامًا إلى أَجَلٍ مَعلُومٍ وَرَهَنَهُ درعَهُ». وَلا بُدَّ أَن يَكُونَ الأَجَلُ مَعلُومًا؛ لأنَّ الجهَالَةَ فِيهِ مَانِعَةٌ مِن التَّسليمِ الوَاجِبِ بِالعَقدِ، فَهَذَا يُطَالِبُهُ بِهِ فِي قَرِيبِ المُدَّةِ، وَهَذَا يُسَلِّمُهُ فِي بَعِيدِهَا.

الشرح:

قَال (**وَيَجُوزُ البَيْعُ بِثَمَنٍ حَالٍّ**) قَال الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: المَبِيعُ مَا تَعَيَّنَ فِي العَقْدِ وَالثَّمَنِ مَا لَمْ يَتَعَيَّنْ، وَهَذَا عَلَى المَذْهَبِ، فَإِنَّ الدَّرَاهِمَ تَتَعَيَّنُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فِي البَيْعِ وَهُوَ ثَمَنٌ بِالاتِّفَاقِ. وَقَال أَبُو الفَضْلِ الكَرْمَانِيُّ فِي الإيضَاحِ: الثَّمَنُ مَا كَانَ فِي الذِّمَّةِ نَقَلَهُ عَنْ الفَرَّاءِ وَهُوَ مَنْقُوضٌ بِالمُسْلَمِ فِيهِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ وَلَيْسَ بِثَمَنٍ.

وَقِيلَ المَبِيعُ مَا يَحِلُّهُ العَقْدُ مِنْ الأَعْيَانِ ابْتِدَاءً، وَقَوْلُهُ ابْتِدَاءً احْتِرَازٌ عَنْ المُسْتَأْجَرِ، فَإِنَّهُ إنَّمَا يَحِلُّهُ العَقْدُ، بِاعْتِبَارِ قِيَامِهِ مَقَامَ المَنْفَعَةِ عَلَى أَحَدِ طَرِيقَيْ أَصْحَابِنَا فِي الإجَارَةِ، وَالثَّمَنُ مَا يُقَابِلُهُ وَيَنْقَسِمُ كُلٌّ مِنْهُمَا إلى مَحْضٍ وَمُتَرَدِّدٍ، فَالمَبِيعُ المَحْضُ هُوَ الأَعْيَانُ التِي لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ إلا الثِّيَابَ المَوْصُوفَةَ وَقَعَتْ فِي الذِّمَّةِ إلى أَجَلٍ بَدَلا عَنْ عَيْنٍ فَإِنَّهَا أَثْمَانٌ، وَلَيْسَ اشْتِرَاطُ الأَجَلِ لِكَوْنِهِ ثَمَنًا بَل لِيَصِيرَ مُلْحَقًا بِالسَّلَمِ فِي كَوْنِهَا دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ.

وَالثَّمَنُ المَحْضُ هُوَ مَا خُلِقَ لِلثَّمَنِيَّةِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمُتَرَدِّدُ بَيْنَهُمَا كَالمَكِيلاتِ

وَالمَوْزُونَاتِ وَالعَدَدِيَّاتِ المُتَقَارِبَةِ فَإِنَّهَا مَبِيعَةٌ نَظَرًا إلى الانْتِفَاعِ بِأَعْيَانِهَا، أَثْمَانٌ نَظَرًا إلى أَنَّهَا مِثْلِيَّةٌ كَالنَّقْدَيْنِ، فَإِنْ قَابَلَهَا النَّقْدَانِ فَهِيَ مُعَيَّنَةٌ، وَإِنْ قَابَلَهَا عَيْنٌ وَهِيَ مُعَيَّنَةٌ فَهِيَ مَبِيعَةٌ وَأَثْمَانٌ لأَنَّ البَيْعَ لا بُدَّ لهُ مِنْهُمَا وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلى بِأَنْ يُجْعَلَ مَبِيعًا مِنْ الآخَرِ فَجُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مَبِيعًا وَثَمَنًا وَإِنْ كَانَتْ أَعْنِي المَكِيلاتِ وَالمَوْزُونَاتِ غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ، فَإِنْ دَخَلَتْ فِيهَا البَاءُ مِثْلُ أَنْ يُقَالَ اشْتَرَيْت هَذَا العَبْدَ بِكُرِّ حِنْطَةٍ وَقَدْ وَصَفَهَا كَانَتْ ثَمَنًا، وَإِنْ دَخَلَتْ فِي غَيْرِهَا كَأَنْ يُقَالَ: اشْتَرَيْت الكُرَّ بِهَذَا العَبْدِ كَانَ مَبِيعًا وَلا يَصِحُّ إلا سَلَمًا بِشُرُوطِه.

هَذَا مُلخَّصُ كَلامِهِمْ فِي هَذَا المَوْضِعِ. وَأَقُولُ: الأَعْيَانُ ثَلاثَةٌ: نُقُودٌ أَعْنِي الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ، وَسِلَعٌ كَالثِّيَابِ وَالدُّورِ وَالعَبِيدِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَمُقَدَّرَاتٌ كَالمَكِيلاتِ وَالمَوْزُونَاتِ وَالعَدَدِيَّاتِ المُتَقَارِبَةِ، وَبَيْعُ غَيْرِ النَّقْدَيْنِ بِالنَّقْدَيْنِ يَشْتَمِلُ عَلى المَبِيعِ المَحْضِ وَالثَّمَنِ المَحْضِ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ كَوْنِهِ مَبِيعًا وَثَمَنًا، وَالتَّمْيِيزُ فِي اللفْظِ بِدُخُولِ البَاءِ وَعَدَمِه.

قَال (وَالبَيْعُ بِالثَّمَنِ الحَالِ وَالمُؤَجَّلِ جَائِزٌ) لإِطْلاقِ قَوْله تَعَالى ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ وَلِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إلى أَجَلٍ وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ» لكِنْ لا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ الأَجَلُ مَعْلُومًا لِئَلا يُفْضِيَ إلى مَا يَمْنَعُ الوَاجِبَ بِالعَقْدِ وَهُوَ التَّسْلِيمُ وَالتَّسَلُّمُ، فَرُبَّمَا يُطَالِبُ البَائِعُ فِي مُدَّةٍ قَرِيبَةٍ وَالمُشْتَرِي يُؤَخِّرُ إلى بَعِيدِهَا.

قال (وَمَن أَطلَقَ الثَّمَنَ فِي البَيعِ كَانَ عَلى غَالِبِ نَقدِ البَلدِ)؛ لأَنَّهُ المُتَعَارَفُ، وَفِيهِ التَّحَرِّي للجَوَازِ فَيُصرَفُ إليهِ (فَإِن كَانَت النُّقُودُ مُختَلفَةً فَالبَيعُ فَاسِدٌ إلا أَن يُبَيِّنَ أَحَدَهُمَا) وَهذَا إذَا كَانَ الكُلُّ فِي الرَّوَاجِ سَوَاءً؛ لأَنَّ الجَهَالةَ مُفضِيَةٌ إلى المُنَازَعَةِ إلا أَن تَرتَفِعَ الجَهَالةُ بِالبَيَانِ أَو يَكُونَ أَحَدُهُمَا أَغلَبَ وَأَروَجَ فَحِينَئِذٍ يُصرَفُ إليهِ تَحَرِّيًا للجَوَازِ، وَهذَا إذَا كَانَت مُختَلفَةً فِي المَاليَّةِ، فَإِن كَانَت سَوَاءً فِيهَا كَالثُّنَائِيِّ وَالثُّلاثِيِّ وَالنُّصرُتِيِّ اليَومَ بِسَمَرقَندَ وَالاختِلافُ بَينَ العَدَالى بِفَرغَانَةَ جَازَ البَيعُ إذَا أُطلِقَ اسمُ الدِّرهَمِ، كَذَا قَالُوا، وَيَنصَرِفُ إلى مَا قَدَّرَ بِهِ مِن أَيِّ نَوعٍ كَانَ؛ لأَنَّهُ لا مُنَازَعَةَ وَلا اختِلافَ فِي المَاليَّةِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ كَانَ عَلى غَالِبِ نَقْدِ البَلدِ) وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ عَنْ ذِكْرِ

الصِّفَة دُونَ القَدْرِ كَأَنْ **قَالَ اشْتَرَيْت بِعَشَرَةِ دَرَاهِم وَلَمْ يَقُل بُخَارِيًّا أَوْ سَمَرْقَنْدِيًّا** وَقَعَ العَقْدُ عَلَى غَالِبِ نَقْدِ البَلدِ، وَإِنْ كَانَ فِي البَلَدِ الذِي وَقَعَ فِيهِ العَقْدُ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ كَانَ العَقْدُ فَاسِدًا إلا أَنْ يُبَيِّنَ أَحَدَهَا.

وَاعْلَمْ أَنِّي أَذْكُرُ لك فِي هَذَا المَوْضِعِ الأَقْسَامَ العَقْلِيَّةَ المُتَصَوَّرَةَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَة إجْمَالا ثُمَّ أُنْزِلهَا عَلى مَتْنِ الكِتَابِ حَلا لهُ، فَإِنِّي مَا وَجَدْت مِنْ الشَّارِحِينَ مَنْ تَصَدَّى لذَلِكَ عَلى مَا يَنْبَغِي فَأَقُولُ: إذَا كَانَ فِي البَلدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الاخْتِلافُ فِي المَالِيَّةِ وَالرَّوَاجِ، أَوْ فِي المَالِيَّةِ دُونَ الرَّوَاجِ، أَوْ فِي الرَّوَاجِ دُونَ المَالِيَّةِ، أَوْ لا يَكُونُ فِي شَيْءٍ مِنْهُمَا بَل فِي مُجَرَّدِ الاسْمِ كَالمِصْرِيِّ وَالدِّمَشْقِيِّ مَثَلا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ جَازَ البَيْعُ وَانْصَرَفَ إلى الأَرْوَجِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي لا يَجُوزُ لأَنَّ الجَهَالةَ فِي المُنَازَعَةِ تُوقِعُهُمَا فِي المُنَازَعَةِ المَانِعَة مِنْ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ، وَإِنْ كَانَ الثَّالِثُ يَجُوزُ وَيَتَصَرَّفُ إلى الأَرْوَجِ تَحَرِّيًا للجَوَازِ، وَإِنْ كَانَ الرَّابِعُ فَكَذَلِكَ لأَنَّ الجَهَالةَ ليْسَتْ مُوقِعَةً فِي المُنَازَعَةِ المَانِعَةِ مِنْ التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ.

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَتْ النُّقُودُ مُخْتَلِفَةً) يَعْنِي فِي المَالِيَّةِ كَالذَّهَبِ المِصْرِيِّ وَالمَغْرِبِيِّ، فَإِنَّ المِصْرِيَّ أَفْضَلُ فِي المَالِيَّة مِنْ المَغْرِبِيِّ إذَا فُرِضَ اسْتِوَاؤُهُمَا فِي الرَّوَاجِ (فَالبَيْعُ فَاسِدٌ) لأَنَّ الجَهَالةَ تُفْضِي إلى المُنَازَعَةِ إشَارَةً إلى القِسْمِ الثَّانِي، إلا أَنْ تَرْتَفِعَ الجَهَالةُ بِبَيَانِ أَحدهِمَا. فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ (أَوْ يَكُونُ أَحَدُهَا أَغْلَبَ وَأَرْوَجَ فَحِينَئِذٍ يُصْرَفُ البَيْعُ إليْهِ تَحَرِّيًا للجَوَازِ) إشَارَةً إلى القِسْمِ الأَوَّل أَوْ إلى القِسْمِ الثَّالِث، لأَنَّ كَوْنَ أَحَدِهَا أَرْوَجَ أَعَمُّ مِنْ أَنْ يَكُون مَعَ اخْتِلافٍ فِي المَالِيَّةِ أَوْ مَعَ اسْتِوَاءٍ وَالبَيْعُ جَائِزٌ فِيهِمَا. وَقَوْلُهُ (وَهَذَا) أَيْ فَسَادُ البَيْعِ إذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي المَالِيَّةِ: يَعْنِي مَعَ الاسْتِوَاءِ فِي الرَّوَاجِ إشَارَةً إلى القِسْمِ الثَّانِي. أَعَادَهُ للتَّمْثِيل بِقَوْلِه كَالثُّنَائِيِّ وَهُوَ مَا يَكُونُ الاثْنَان مِنْهُ دَانَقًا وَالثُّلاثِيِّ وَهُوَ مَا يَكُونُ الثَّلاثَةُ مِنْهُ دَانَقًا وَالنُّصْرُتِيِّ اليَوْمَ بِسَمَرْقَنْدَ فَإِنَّهُ بِمَنْزِلة النَّاصِرِيِّ بِبُخَارَى، وَالاخْتِلافُ بَيْنَ العَدَالَى بِفَرْغَانَةَ وَفُقَهَاءُ مَا وَرَاءَ النَّهْرِ يُسَمُّونَ الدِّرْهَمَ عَدْليًّا، وَكُلُّ هَذَا يَخْتَلِفُ فِي المَالِيَّةِ مَعَ التَّسَاوِي فِي الرَّوَاجِ.

وَقَوْلُهُ (فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً فِيهَا) أَيْ فِي المَالِيَّةِ: يَعْنِي مَعَ الاسْتِوَاءِ فِي الرَّوَاجِ إشَارَةً

إلى القِسْمِ الرَّابِعِ وَجَزَاءُ الشَّرْطِ قَوْلُهُ (جَازَ البَيْعُ إذَا أُطْلِقَ اسْمَ الدَّرَاهِمِ كَذَا قَالُوا) أَيْ الْمُتَأَخِّرُونَ مِنْ المَشَايِخِ (وَيَنْصَرِفُ) اسْمُ الدَّرَاهِمِ (إلى مَا قُدِّرَ بِه) مِنْ المِقْدَارِ كَعَشَرَةِ وَنَحْوِهَا (مِنْ أَيِّ نَوْعٍ كَانَ) مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِنَوْعٍ مُعَيَّنٍ لأَنَّهُ لا مُنَازَعَةَ لاسْتِوَائِهِمَا فِي الرَّوَاجِ

(وَلا اخْتِلافَ فِي المَالِيَّة) وَظَهَرَ مِنْ هَذَا تَعْقِيدُ كَلامِ الشَّيْخِ رَحِمَهُ اللهُ. فَإِنَّهُ فَصَل بَيْنَ قَوْلِه إذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي المَالِيَّة وَمِثَالُهُ وَهُوَ قَوْلُهُ كَالثُّنَائِيِّ بِالشَّرْط وَهُوَ قَوْلُهُ فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً وَفَصَل بَيْنَ الشَّرْط هَذَا وَبَيْنَ جَزَائِه وَهُوَ قَوْلُهُ جَازَ البَيْعُ بِقَوْله كَالثُّنَائِيِّ إلى قَوْله جَازَ، وَلا يَسْتَقِيمُ أَنْ يُجْعَل قَوْلُهُ كَالثُّنَائِيِّ إلخْ مُتَعَلِّقًا بِقَوْله فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً لأَنَّ مَا كَانَ اثْنَان مِنْهُ نقَادًا وَثَلاثَةٌ مِنْهُ دَانَقًا لا يَكُونَان فِي المَالِيَّة سَوَاءً، لكنْ يُمْكنُ أَنْ يَكُونَا فِي الرَّوَاجِ سَوَاءً، هَذَا مَا سَنَحَ لِي فِي حَل هَذَا المَوْضِعِ وَاللهُ أَعْلَمُ.

قَال (وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالحُبُوبِ مُكَايَلَةً وَمُجَازَفَةً) وَهَذَا إذَا بَاعَهُ بِخِلافِ جِنسِهِ لِقَوْلِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «إذَا اختَلَفَ النَّوعَانِ فَبِيعُوا كَيفَ شِئتُم بَعدَ أَن يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ»[1] بِخِلافِ مَا إذَا بَاعَهُ بِجِنسِهِ مُجَازَفَةً لِمَا فِيهِ مِن احتِمَال الرِّبَا وَلأَنَّ الجَهَالَةَ غَيرُ مَانِعَةٍ مِن التَّسلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ فَشَابَهَ جَهَالَةَ القِيمَةِ.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ **بَيْعُ الطَّعَامِ وَالحُبُوب مُكَايَلَةً**) المُرَادُ بِالطَّعَامِ الحِنْطَةُ وَدَقِيقُهَا لأَنَّهُ يَقَعُ عَلَيْهِمَا عُرْفًا، وَسَيَأْتِي فِي الوَكَالَة، وَبِالحُبُوب غَيْرُهُمَا كَالعَدَسِ وَالحِمَّصِ وَأَمْثَالهِمَا، كُلُّ ذَلكَ إذَا بِيعَ مُكَايَلَةً جَازَ العَقْدُ سَوَاءٌ كَانَ البَيْعُ بِجِنْسِه أَوْ بِخِلافِه. وَإِذَا بِيعَ (مُجَازَفَةً) فَإِنْ كَانَ شَيْئًا لا يَدْخُلُ تَحْتَ الكَيْل فَكَذَلكَ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَهُ لا يَجُوزُ إلا

(بِخِلاف جِنْسه وَلِقَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**إذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَان فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ**») لا يُقَالُ: لا دَلالَةَ فِي الحَدِيث عَلى المَنْعِ عِنْدَ اتِّفَاق النَّوْعَيْنِ لأَنَّهُ مَفْهُومٌ مِنْ الشَّرْطِ. وَهُوَ لَيْسَ بِحُجَّة لأَنَّ الدَّلِيل عَلى ذَلكَ صَدْرُ الحَدِيث. وَلأَنَّ الجَهَالَةَ مَانِعَةٌ

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٧): غريب بهذا اللفظ، أخرجه مسلم في المساقاة (حديث ٨٠- ٨٣)، وأبو داود (٣٣٤٩)، والترمذي في البيوع باب ٢٣.

إذَا مَنَعَتْ التَّسْليم، وَهَذه الجَهَالةُ غَيْرُ مَانعَة فَصارَ كَمَا إذَا بَاعَ شَيْئًا لَمْ يَعْلَمْ العَاقدَان قيمَتَهُ بدرْهَم، بخلاف مَا إذَا بَاعَ بجنْسه مُجَازَفَةً لمَا فيه منْ احْتمَال الرِّبا

قَال (وَيَجُوزُ بِإِنَاءٍ بِعَينِهِ لا يُعرَفُ مِقدَارُهُ وَبِوَزنِ حَجَرٍ بِعَينِهِ لا يُعرَفُ مِقدَارُهُ)؛ لأَنَّ الجَهَالَةَ لا تُفضِي إلى المُنَازَعَةِ لمَا أَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فِيهِ التَّسليمَ فَيَندُرُ هَلاكُهُ قَبلَهُ بِخِلافِ السَّلَمِ؛ لأَنَّ التَّسليمَ فِيهِ مُتَأَخِّرٌ وَالهَلاكَ لَيسَ بِنَادِرٍ قَبلَهُ فَتَتَحَقَّقُ المُنَازَعَةُ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي البَيعِ أَيضًا، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَظهَرُ

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ) بإنَاء بعَيْنه إذَا بَاعَ **الطَّعَامَ أَوْ الحُبُوبَ** (**بإنَاء بعَيْنه أَوْ بوَزْن حَجَرٍ بعَيْنه لا يُعْرَفُ مقْدَارُهُمَا** جَازَ) لأَنَّ الجَهَالةَ المَانعَةَ مَا تُفْضي إلى المُنَازَعَة، وَهَذه لَيْسَتْ كَذَلكَ لأَنَّ التَّسْليمَ في البَيْعِ مُتَعَجِّلٌ فَيَنْدُرُ هَلاكُ كُلٍّ منْهُمَا منْ الإنَاء وَالحَجَر قَبْل التَّسْليمِ. وَقيل يُشْكلُ على هَذَا مَا إذَا بَاعَ **أَحَدَ العَبيد الأَرْبَعَة عَلى أَنَّ المُشْتَري بالخيَار ثَلاثَةَ أَيَّامٍ يَأْخُذُ أَيَّهُمْ شَاءَ وَيَرُدُّ البَاقينَ، أَوْ اشْتَرَى بأَيِّ ثَمَنٍ شَاءَ** فَإنَّ الجَهَالةَ لَمْ تُفْضِ إلى المُنَازَعَة وَالبَيْعُ بَاطلٌ، وَلَيْسَ بوَارِدٍ لأَنَّا قُلنَا إنَّ الجَهَالةَ المُفْضيَةَ إلى النِّزَاعِ مُفْسدَةٌ للعَقْد وَهَذَا لا نزَاعَ فيه.

وَلَمْ نَقُل إنَّ كُل مَا هُوَ بَاطلٌ لا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ للجَهَالة، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ البَيْعُ بَاطلا لمَعْنًى آخرَ وَهُوَ عَدَمُ المَعْقُود عَليْه لكَوْنه غَيْرَ مُعَيَّنٍ في الأُولى وَلعَدَمِ الثَّمَنِ في الثَّانيَة، وَرُوِيَ عَنْ أَبي يُوسُفَ أَنَّ الجَوَازَ فيمَا إذَا كَانَ المكْيَالُ لا يَنْكَبسُ بالكَبْسِ كَالقَصْعَة وَنَحْوهَا، أَمَّا إذَا كَانَ ممَّا يَنْكَبسُ كَالزِّنْبيل وَنَحْوه فَإنَّهُ لا يَجُوزُ، بخلاف السَّلَمِ فَإنَّهُ لا يَجُوزُ بإنَاءٍ مَجْهُول القَدْر وَإنْ كَانَ مُعَيَّنًا، وَكَذَا الحَجَرُ لأَنَّ التَّسْليمَ فيه مُتَأَخِّرٌ، وَالهَلاكُ لَيْسَ بنَادرٍ قَبْلهُ فَتَتَحَقَّقُ المُنَازَعَةُ.

وَعَنْ أَبي حَنيفَةَ في روَايَة الحَسَنِ بْن زيَادٍ أَنَّ البَيْعَ أَيْضًا لا يَجُوزُ كَالسَّلَمِ لأَنَّ البَيْعَ في المَكيلات وَالمَوْزُونَات إمَّا أَنْ يَكُونَ مُجَازَفَةً أَوْ يَذْكُرَ القَدْرَ، فَفي المُجَازَفَة المَعْقُودُ عَليْه هُوَ مَا يُشَارُ إليْه وَلا مُعْتَبَرَ بالمعْيَار، وَفي غَيْرهَا هُوَ مَا يُسَمَّى منْ القَدْر وَلَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ منْهُمَا فَإنَّ " الفَرْضَ عَدَمُ المُجَازَفَة، وَالمكْيَالُ إذَا لَمْ يَكُنْ مَعْلُومًا لَمْ يُسَمَّ شَيْءٌ منْ القَدْر (وَالأَوَّلُ أَصَحُّ) يَعْني منْ حَيْثُ الدَّليلُ فَإنَّ المعْيَارَ المُعَيَّنَ لَمْ يَتَقَاعَدْ عَنْ

المُجَازَفَة (وَأَظْهَرُ) يَعْنِي مِنْ حَيْثُ الرِّوَايَةُ.

(قال وَمَن بَاعَ صُبرَةَ طعَامٍ كُلُّ قفِيزٍ بِدِرهَمٍ جَازَ البَيعُ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ إلا أن يُسَمِّيَ جُملةَ قُفزَانِهَا وَقَالا يَجُوزُ فِي الوَجهَينِ) لهُ أَنَّهُ تَعذَّرَ الصَّرفُ إلى الكُل لجَهَالةِ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ فيُصرفُ إلى الأقَل وَهُوَ مَعلومٌ، وَإلا أن تَزُول الجهَالةُ بِتَسمِيَةِ جَمِيعِ القُفزَانِ أَو بِالكَيل فِي المَجلسِ، وَصَارَ هَذَا كَمَا لو أَقرَّ وَقَال لفُلانٍ عَليَّ كُلُّ دِرهَمٍ فَعَلَيهِ دِرهَمٌ وَاحِدٌ بِالإجمَاعِ. وَلهُمَا أنَّ الجَهَالةَ بِيَدِهِمَا إزَالتُهَا وَمِثلُهَا غَيرُ مَانِعٍ، وَكَمَا إذَا بَاعَ عَبدًا مِن عَبدَينِ عَلى أَنَّ المُشتَرِيَ بِالخِيَارِ. ثُمَّ إذَا جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ فَللمُشتَرِي الخِيَارُ لتَفرُّقِ الصَّفقَةِ عليهِ، وَكَذَا إذَا كِيل فِي المَجلسِ أَو سَمَّى جُملةَ قُفزَانِهَا؛ لأَنَّهُ عَلمَ ذَلكَ الآنَ فَلهُ الخِيَارُ، كَمَا إذَا رَآهُ وَلم يَكُن رَآهُ وَقتَ البَيعِ

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ) إذَا قَال البَائعُ بِعْتُك هَذه الصُّبْرَةَ كُل قَفيزٍ بدرْهَمٍ، فَإمَّا أَنْ يَعْلمَ مقْدَارَهَا فِي المَجْلسِ بِتَسْمِيَة جُمْلة القُفْزَان أَوْ بالكَيْل فِي المَجْلسِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَالبَيْعُ جَائزٌ وَالمَبِيعُ علةُ مَا فيهَا منْ القُفْزَان، وَإِنْ كَانَ الثَّاني فَالمَبِيعُ قَفيزٌ وَاحدٌ عنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحمَهُ اللهُ وَجُمْلةُ القُفْزَان كَالأَوَّل عنْدَهُمَا. لأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ صَرْفَ اللفْظِ إلى الكُل مُتَعَذِّرٌ لجَهَالة المَبِيع وَالثَّمَنِ جَهَالةً تُفْضِي إلى المُنَازَعَة لأَنَّ البَائعَ يَطْلُبُ تَسْليمَ الثَّمَنِ أَوَّلا وَالثَّمَنُ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ النِّزَاعُ وَإِذَا تَعَذَّرَ الصَّرْفُ إلى الكُل صُرِفَ إلى الأَقَل وَهُوَ مَعْلُومٌ إلا أَنْ تَزُول الجَهَالةُ فِي المَجْلسِ بِأَحَد الأَمْرَيْنِ المَذْكُورَيْنِ فَيَجُوزُ، لأَنَّ سَاعَات المَجْلسِ بِمَنْزلة سَاعَة وَاحدَة كَمَا تَقَدَّمَ.

فَإِنْ قيل: سَلمْنَا انْعقَادُهُ فَاسدًا لكنْ يَنْقَلبُ جَائزًا كَمَا إذَا كَانَ فَاسدًا بحُكْمِ أَجَلٍ مَجْهُولٍ أَوْ شَرْط الخيَارُ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ أُجِيبَ بِأَنَّ الفَسَادَ فِي صُلب العَقْد قَويٌّ يَمْنَعُ منْ الانْقلاب وَيُقَيِّدُهُ بالمَجْلسِ، وَمَا ذَكَرْتُمْ فَالفَسَادُ فيه ليْسَ فِي صُلب العَقْد بَل لأَمْرٍ عَارِضٍ فَلا يَتَقَيَّدُ بالمَجْلسِ لضَعْفه لظُهُور أَثَرِه فِي اليَوْمِ الرَّابِعِ وَبامْتدَاد الأَجَل

(وَلهُمَا أَنَّ هَذه جَهَالةٌ إزَالتُهَا فِي أَيْديهمَا وَمَا كَانَ كَذَلكَ فَهُوَ غَيْرُ مَانعٍ) أَمَّا أَنَّ إزَالتَهَا بأَيْديهمَا فَلأَنَّهَا تَرْتَفعُ بكَيْل كُلٍّ منْهُمَا، وَقَيَّدَ بقَوْله بيَدهمَا احْترَازًا عَنْ البَيْع بالرَّقْمِ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ، لأَنَّ إزَالتَهَا إمَّا بيَد البَائعِ إنْ كَانَ هُوَ الرَّاقمُ، أَوْ بيَد الغَيْر إنْ كَانَ

الرَّاقِمُ غَيْرَهُ، وَعَلى كُل حَالٍ فَالْمُشْتَرِي لا يَقْدِرُ عَلى إزَالتِهَا، وَأَمَّا أَنَّ كُل مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ فَكَمَا إذَا بَاعَ عَبْدًا مِنْ عَبْدَيْنِ عَلى أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالخِيَارِ وَأُجِيبَ لأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ القِيَاسَ فِيهِ الفَسَادُ أَيْضًا، إلا أَنَّا جَوَّزْنَاهُ اسْتِحْسَانًا بِالنَّصِّ.

وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ عَلى مَا سَيَأْتِي فَيَكُونُ ثَابِتًا بِدَلالةِ النَّصِّ وَالاسْتِحْسَانُ لا يَتَعَدَّى إلى غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لَمْ يُجَوِّزْهُ أَبُو حَنِيفَةَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، ثُمَّ إذَا جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَانَ لِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ لِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ عَليْهِ دُونَ البَائِعِ، لأَنَّ التَّفْرِيقَ وَإِنْ كَانَ فِي حَقِّهِ أَيْضًا لكِنَّهُ جَاءَ مِنْ قِبَلِهِ بِالامْتِنَاعِ عَنْ تَسْمِيَةِ جُمْلةِ القُفْزَانِ فَكَانَ رَاضِيًا بِهِ.

وَهَذَا صَحِيحٌ إذَا عَلمَهَا وَلَمْ يُسَمِّ، وَأَمَّا إذَا لَمْ يَعْلمْ بِهَا فَالوَجْهُ أَنَّهُ نُزِّل مَنْزِلةَ مَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَاهُ لَمَا يَأْتِي فَلا خِيَارَ لهُ، وَفِيهِ بَحْثٌ. أَمَّا أَوَّلا فَلأَنَّ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ لوْ اسْتَلزَمَ الخِيَارَ لاطَّرَدَ وَليْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ إذَا بَاعَ **الرَّجُلانِ عَبْدًا مُشْتَرَكًا بِأَلفٍ ثُمَّ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الكُل بِخَمْسِمائَةٍ قَبْل نَقْدِ الثَّمَنِ** فَإِنَّهُ يَجُوزُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ وَلا يَجُوزُ فِي نَصِيبِهِ وَلا خِيَارَ لهُ، فَهَاهُنَا تَفَرَّقَتْ الصَّفْقَةُ وَلمْ يُوجَدْ الخِيَارُ.

وَأَمَّا ثَانِيًا فَلأَنَّ قِيَاسَ قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ أَنْ لا يُخَيَّرَ الْمُشْتَرِي لِلُزُومِ انْصِرَافِ البَيْعِ إلى الوَاحِدِ لعِلمِهِ كَمَا لوْ اشْتَرَى قِنًّا مَعَ مُدَبَّرٍ فَإِنَّهُ لا خِيَارَ لهُ فِي القِنِّ لعِلمِهِ أَنَّ البَيْعَ يَنْصَرِفُ إليْهِ. وَالحَاصِلُ أَنَّ الخِيَارَ يُوجِبُ التَّفْرِيقَ وَالتَّفْرِيقُ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ أَنْ لوْ كَانَ العَقْدُ وَارِدًا عَلى الكُل وَالْمُشْتَرِي يَقْبَلُ البَعْضَ، وَليْسَ كَذَلِكَ هَاهُنَا عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّا لا نُسَلمُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ لأَنَّ الشِّرَاءَ لمْ يَقَعْ عَلى الكُل حَتَّى يَكُونَ صَرْفُهُ إلى البَعْضِ تَفْرِيقًا، وَإِنَّمَا وَقَعَ عَلى نَصِيبِ شَرِيكِهِ لا غَيْرُ لأَنَّ فِي وُقُوعِهِ عَلى نَصِيبِهِ يَلزَمُ شِرَاءُ مَا بَاعَ بِأَقَل مِمَّا بَاعَ قَبْل نَقْدِ الثَّمَنِ وَأَنَّهُ لا يَجُوزُ فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى قِنًّا وَمُدَبَّرًا فَإِنَّ البَيْعَ يَنْصَرِفُ إلى القِنِّ فَقَطْ لأَنَّ الْمُدَبَّرَ لا يَقْبَلُ النَّقْل وَلا خِيَارَ لهُ فِي القِنِّ.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ انْصِرَافَ البَيْعِ إلى قَفِيزٍ وَاحِدٍ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، وَالعَوَامُّ لا عِلمَ لهُمْ بِأَحْكَامِ المَسَائِل الْمُجْتَهَدِ فِيهَا فَيَلزَمُ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ عَلى قَوْلهِمَا وَإِنْ لمْ يَلزَمْ عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، وَهَذَا ضَعِيفٌ لأَنَّ قَوْلهُمَا إنَّ الكُل مَبِيعٌ فَمِنْ أَيْنَ التَّفْرِيقُ. وَالأَوْلى أَنْ يُقَال: قِيَاسُ قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ لأَنَّ الصِّيغَةَ مَوْضُوعَةٌ للكَثْرَةِ وَقَصْدُهُمَا أَيْضًا الكَثْرَةُ

وَمَا ثَمَّةَ مَانِعٌ شَرْعِيٌّ عَنْ الصَّرْفِ إلى الجَمِيعِ، وَلِهَذَا لوْ عُلِمَ المِقْدَارُ فِي المَجْلِسِ جَازَ، وَالصَّرْفُ إلى الأَقَل بِاعْتِبَارِ تَعَذُّرِ الكُل للجَهَالة صَرْفُ العَقْدِ إلى بَعْضِ مَا دَل عَلَيْهِ اللفْظُ مِنْ المَبِيعِ وَقَصَدَهُ العَاقِدَانِ، وَلَيْسَ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ إلى ذَلِكَ.

بَقِيَ أَنْ يُقَال فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ يَثْبُتَ الخِيَارُ للعَاقِدَيْنِ جَمِيعًا، وَقَدْ تَقَدَّمَ الجَوَابُ فِي صَدْرِ هَذَا البَحْثِ عَنْهُ (قَوْلُهُ وَكَذَا إذَا كِيل فِي المَجْلِسِ أَوْ سُمِّيَ جَمِيعُ قُفْزَانِهَا) يَعْنِي كَانَ للمُشْتَرِي الخِيَارُ لكِنْ لا بِذَلكَ التَّعْليل بَل بِمَا قَال لأَنَّهُ عُلِمَ ذَلكَ الآنَ، فَرُبَّمَا كَانَ فِي حَدْسِهِ أَوْ ظَنِّه أَنَّ الصُّبْرَةَ تَأْتِي بِمِقْدَارِ مَا يَحْتَاجُ إليْهِ فَزَادَتْ وَليْسَ لهُ مِنْ الثَّمَنِ مَا يُقَابِلُهُ وَلا يَتَمَكَّنُ مِنْ أَخْذِ الزَّائِدِ مَجَّانًا، وَفِي تَرْكِه تَفْرِيقُ الصَّفْقَة عَلى البَائِعِ أَوْ نَقَصَتْ فَيَحْتَاجُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَكَان آخَرَ وَهَل يُوَافِقُ أَوْ لا فَصَارَ كَمَا إذَا رَآهُ وَلمْ يَكُنْ رَآهُ وَقْتَ البَيْعِ، وَهَكَذَا فِي المَوْزُونَاتِ وَالمَعْدُودَاتِ المُتَقَارِبَة.

قَال (وَمَن بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلُّ شَاةٍ بِدِرهَمٍ فَسَدَ البَيعُ فِي جَمِيعِهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَتَ، وَكَذَلكَ مَن بَاعَ ثَوبًا مُذَارَعَتً كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرهَمٍ وَلم يُسَمِّ جُملتَ الذُّرَاعَانِ، وَكَانَ كُلُّ مَعدُودٍ مُتَفَاوِتٍ، وَعِندَهُمَا يَجُوزُ فِي الكُل لمَا قُلنَا، وَعِندَهُ يَنصَرِفُ إلى الوَاحِدِ) لمَا بَيَّنَّا غَيرَ أَنَّ بَيعَ شَاةٍ مِن قَطِيعِ غَنَمٍ وَذِرَاعٍ مِن ثَوبٍ لا يَجُوزُ للتَّفَاوُتِ. وَبَيعُ قَفِيزٍ مِن صُبرَةٍ يَجُوزُ لعَدَمِ التَّفَاوُتِ فَلا تُفضِي الجَهَالتُ إلى المُنَازَعَتِ فِيهِ، وَتَقضِي إليهَا فِي الأَوَّل فَوَضَحَ الفَرقُ

الشرح:

وَأَمَّا إذَا بَاعَ **قَطِيعَ غَنَمٍ كُل شَاة بِدِرْهَمٍ** فَالبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الجَمِيعِ فَاسِدٌ، وَقِيَاسُ قَوْله الصَّرْفُ إلى الوَاحِدِ كَمَا فِي المَكِيلاتِ) إلا أَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الشِّيَاه مَوْجُودٌ وَفِي ذَلكَ جَهَالةٌ تُفْضِي إلى المُنَازَعَة، بِخِلافِ المَكِيلاتِ وَحُكْمُ المَذْرُوعَاتِ إذَا بِيعَتْ مُزَارَعَةً حُكْمُ الغَنَمِ إذَا لمْ يُبَيِّنْ جُمْلةَ الذُّرْعَانِ وَجُمْلةَ الثَّمَنِ، وَأَمَّا إذَا بَيَّنَهُمَا أَوْ أَحَدَهُمَا كَمَا إذَا **قَال بِعْتُك هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ**، أَوْ قَال بِعْتُك هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ قَال بِعْتُك هَذَا الثَّوْبَ بِعَشَرَة دَرَاهِمَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَصَحِيحٌ.

أَمَّا الأُولى فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْه مَعْلُومٌ، وَجُمْلةُ الثَّمَنِ صَارَتْ مَعْلُومَةً بِبَيَانِ ذُرْعَانِ الثَّوْبِ، وَأَمَّا الثَّالثَةُ فَلأَنَّهُ لمَّا سَمَّى لكُل ذِرَاعٍ دِرْهَمًا وَبَيَّنَ جُمْلة

الثَّمَنِ صَارَ جَمِيعُ الذُّرْعَانِ مَعْلُومًا، وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَفَاوِتٌ كَالخَشَبِ وَالأَوَانِي، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَهُوَ جَائِزٌ فِي الكُلِ لِمَا قُلنَا.

قَال (وَمَن بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلُّ شَاةٍ بِدِرهَمٍ فَسَدَ البَيعُ فِي جَمِيعِهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ مَن بَاعَ ثَوبًا مُذَارَعَةً كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرهَمٍ وَلم يُسَمِّ جُملَةَ الذُّرَاعَانِ، وَكَانَ كُلُّ مَعدُودٍ مُتَفَاوِتٍ، وَعِندَهُمَا يَجُوزُ فِي الكُل لمَا قُلنَا، وَعِندَهُ يَنصَرِفُ إلى الوَاحِدِ) لمَا بَيَّنَّا غير أَنَّ بَيعَ شَاةٍ مِن قَطِيعِ غَنَمٍ وَذِرَاعٍ مِن ثَوبٍ لا يَجُوزُ للتَّفَاوُتِ. وَبَيعُ قَفِيزٍ مِن صُبرَةٍ يَجُوزُ لعَدَمِ التَّفَاوُتِ فَلا تُفضِي الجَهَالَةُ إلى المُنَازَعَةِ فِيهِ، وَتَقضِي إليهَا فِي الأَوَّل فَوَضَحَ الفَرقُ

الشرح:

وَأَمَّا إذَا بَاعَ **قَطِيعَ غَنَمٍ كُل شَاةٍ بِدِرْهَمٍ** فَالبَيْعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الجَمِيعِ فَاسِدٌ، وَقِيَاسُ قَوْلِه الصَّرْفُ إلى الوَاحِدِ كَمَا فِي المَكِيلاتِ) إلا أَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الشِّيَاهِ مَوْجُودٌ وَفِي ذَلِكَ جَهَالَةٌ تُفْضِي إلى المُنَازَعَةِ، بِخِلافِ المَكِيلاتِ وَحُكْمُ المَذْرُوعَاتِ إذَا بِيعَتْ مُزَارَعَةً حُكْمُ الغَنَمِ إذَا لَمْ يُبَيِّنْ جُمْلَةَ الذُّرْعَانِ وَجُمْلَةَ الثَّمَنِ، وَأَمَّا إذَا بَيَّنَهُمَا أَوْ أَحَدَهُمَا كَمَا إذَا **قَالَ بِعْتُك هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ**، أَوْ قَالَ بِعْتُك هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ قَالَ بِعْتُك هَذَا الثَّوْبَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَصَحِيحٌ. أَمَّا الأُولى فَظَاهِرَةٌ، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْه مَعْلُومٌ، وَجُمْلَةُ الثَّمَنِ صَارَتْ مَعْلُومَةً بِبَيَانِ ذُرْعَانِ الثَّوْبِ، وَأَمَّا الثَّالِثَةُ فَلأَنَّهُ لَمَّا سَمَّى لِكُل ذِرَاعٍ دِرْهَمًا وَبَيَّنَ جُمْلَةَ الثَّمَنِ صَارَ جَمِيعُ الذُّرْعَانِ مَعْلُومًا، وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَفَاوِتٌ كَالخَشَبِ وَالأَوَانِي، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَهُوَ جَائِزٌ فِي الكُلِ لِمَا قُلنَا.

قَال (وَمَن ابتَاعَ صُبرَةَ طَعَامٍ عَلى أَنَّهَا مِائَةُ قَفِيزٍ بِمِائَةِ دِرهَمٍ فَوَجَدَهَا أَقَل كَانَ المُشتَرِي بِالخِيَارِ إن شَاءَ أَخَذَ المَوجُودَ بِحِصَّتِهِ مِن الثَّمَنِ، وَإِن شَاءَ فَسَخَ البَيعَ) لتَفَرُّقِ الصَّفقَةِ عَليهِ قَبل التَّمَامِ، فَلم يَتِمَّ رِضَاهُ بِالمَوجُودِ، وَإِن وَجَدَهَا أَكثَرَ فَالزِّيَادَةُ للبَائِعِ؛ لأَنَّ البَيعَ وَقَعَ عَلى مِقدَارٍ مُعَيَّنٍ وَالقَدرُ ليسَ بِوَصفٍ

الشرح:

قَال (وَمَنْ ابْتَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ عَلَى أَنَّهَا مِائَةُ قَفِيزٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ) فَلا يَخْلُو عِنْدَ

الكَيْل مِنْ أنْ يَكُونَ مِثْل ذَلكَ أوْ أقَل مِنْهُ أوْ أكْثَر، فَإنْ كَانَ الأوَّلُ فَذَاكَ، وَإنْ كَانَ الثَّانِي خُيِّرَ المُشْتَرِي بَيْنَ أخْذِ المَوْجُود بحِصَّته مِنْ الثَّمَنِ وَبَيْنَ الفَسْخِ لتَفَرُّق الصَّفْقَة المُوجِبِ لانْتِفَاءِ البَيْعِ بانْتِفَاء الرِّضَا، وَإنْ كَانَ الثَّالثُ فَالزَّائِدُ للبَائعِ لأنَّ البَيْعَ وَقَعَ عَلى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ المائَةُ وَكُلُّ مَا وَقَعَ عَلى مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ لا يَتَنَاوَلُ غَيْرَهُ إلا إذَا كَانَ وَصْفًا.

وَالقَدْرُ أيْ القَدْرُ الزَّائدُ عَلى المِقْدَارِ المُعَيَّنِ لَيْسَ بوَصْف فَالبَيْعُ لا يَتَنَاوَلُهُ فَكَانَ للبَائعِ لا يَجبُ تَسْليمُهُ إلا بِصَفْقَة عَلى حِدَة، وَكَذَا قَبْضُ المُشْتَرِي وَكَانَ كُلٌّ مِنْ العَاقدَيْنِ مُخَيَّرًا فيهَا إنْ شَاءَ بَاشَرَهَا أوْ تَرَكَهَا وَإذَا كَانَ المُشْتَرِي مَذْرُوعًا كَأنْ **اشْتَرَى ثَوْبًا عَلى أنَّهُ عَشَرَةُ أذْرُعٍ بِعَشَرَة دَرَاهِمَ أوْ أرْضًا عَلى أنَّهَا مائَةُ ذِرَاعٍ فَوَجَدَهَا أقَل** خُيِّرَ المُشْتَرِي بَيْنَ أخْذ المَوْجُود بجَميعِ الثَّمَنِ المُسَمَّى وَبَيْنَ تَرْكِه لأنَّ الذِّرَاعَ وَصْفٌ في الثَّوْبِ المَبيعِ.

وَكُلُّ مَا هُوَ وَصْفٌ فِي البَيْعِ لا يُقَابلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ فَالذِّرَاعُ في الثَّوْب لا يُقَابلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ، أمَّا أنَّهُ وَصْفٌ فَقَدْ بَيَّنَهُ بقَوْله: ألا تَرَى أنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ الطُّول وَالعَرْضِ وَهُمَا مِنْ الأعْرَاضِ، وَأمَّا أنَّ الوَصْفَ لا يُقَابلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ فَقَدْ بَيَّنَهُ بقَوْله كَأطْرَاف الحَيَوَان، فَإنَّ مَنْ **اشْتَرَى جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ في يَد البَائعِ قَبْل التَّسْليمِ** لا يُنْقَصُ مِنْ الثَّمَنِ شَيْءٌ، فَلهَذَا أيْ فَلكَوْن الذَّرْعِ وَصْفًا لا يُقَابلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ يَأْخُذُ المَوْجُود بكُل الثَّمَن، بخِلافِ الفَصْل الأوَّل: يَعْنِي المَكيل لأنَّ المِقْدَارَ لَيْسَ بوَصْفٍ فَيُقَابلُهُ الثَّمَنُ فَلهَذَا يَأْخُذُهُ بحِصَّته

(وَمَن اشتَرَى ثَوبًا عَلى أنَّهُ عَشَرَةُ أذرُعٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ أو أرضًا عَلى أنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرهَمٍ فَوَجَدَهَا أقَل فَالمُشتَرِي بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أخَذَهَا بِجُملَةِ الثَّمَنِ، وَإن شَاءَ تَرَكَ)؛ لأنَّ الذِّرَاعَ وَصفٌ فِي الثَّوبِ؛ ألا يَرَى أنَّهُ عِبَارَةٌ عَن الطُّول وَالعَرضِ، وَالوَصفُ لا يُقَابِلُهُ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ كَأطرَافِ الحَيَوَانِ فَلهَذَا يَأخُذُهُ بِكُل الثَّمَنِ، بِخِلافِ الفَصل الأوَّل؛ لأنَّ المِقدَارَ يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ فَلهَذَا يَأخُذُهُ بِحِصَّتِهِ، إلا أنَّهُ يَتَخَيَّرُ لفَوَاتِ الوَصفِ المَذكُورِ لتَغَيُّرِ المَعقُودِ عَليهِ فَيَختَلُّ الرِّضَا. قَال (وَإن وَجَدَهَا أكثَرَ مِن الذِّرَاعِ الذِي سَمَّاهُ فَهُوَ للمُشتَرِي وَلا خِيَارَ للبَائعِ)؛ لأنَّهُ صِفَةٌ، فَكَانَ بِمَنزِلةِ مَا إذَا بَاعَهُ مَعِيبًا، فَإذَا هُوَ سَليمٌ.

الشرح:

(وَقَال إلا أَنَّهُ يَتَخيَّرُ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِه يَأْخُذُ بِكُل الثَّمَنِ، وَعَلى هَذَا إذَا وَجدَهَا أَكْثَرَ مِنْ الذِّرَاعِ الذي سَمَّاهُ كَانَ الزَّائِدُ للمُشْتَري وَلا خيَارَ للبَائِع لأَنَّهُ وَصْفٌ تَابعٌ للمَبِيعِ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ، فَصَارَ كَمَا إذَا بَاعَ **عَبْدًا عَلى أَنَّهُ أَعْمَى فَإذَا هُوَ بَصيرٌ**. وَاعْلَمْ أَنَّ هَذه المَسْأَلَةَ مِنْ أَشْكَل مَسَائِل الفقْه، وَقَدْ مُنِعَ أَنْ يَكُونَ الذِّرَاعُ فِي المَذْرُوعَاتِ وَصْفًا، وَالاسْتِدْلالُ بِقَوْلِه، أَلا تَرَى أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ الطُّول وَالعَرْضِ غَيْرُ مُسْتَقيمٍ.

لأَنَّهُ كَمَا يَجُوزُ أَنْ يُقَال شَيْءٌ طَوِيلٌ وَعَرِيضٌ يُقَالُ شَيْءٌ قَليلٌ أَوْ كَثِيرٌ، ثُمَّ عَشَرَةُ أَقفزَة أَكْثَرُ مِنْ تِسْعَةٍ لا مَحَالَةَ، فَكَيْفَ جُعِل الذِّرَاعُ الزَّائِدُ وَصْفًا دُونَ القَفيز؟ وَجَوَابُهُ مَوْقُوفٌ عَلى مَعْرِفَة اصْطِلاحِ القَوْمِ فِي الأَصْل وَالوَصْف، وَاخْتَلفَتْ عِبَارَاتُهُمْ فِي ذَلكَ فَقَال بَعْضُهُمْ: مَا تَعَيَّبَ بِالتَّنْقِيصِ فَالزِّيَادَةُ وَالنُّقْصَانُ فِيه وَصْفٌ، وَمَا لَيْس كَذَلكَ فَالزِّيَادَةُ وَالنُّقْصَانُ فِيه أَصْلٌ.

وَقَال بَعْضُهُمْ: مَا لوُجُوده تَأْثيرٌ فِي تَقَدُّمِ غَيْره وَلعَدَمه تَأْثيرٌ فِي نُقْصَان غَيْره فَهُوَ وَصْفٌ، وَمَا لَيْسَ كَذَلكَ فَهُوَ أَصْلٌ. وَقيل مَا لا يَنْقُصُ البَاقِي بفَوَاته فَهُوَ أَصْلٌ، وَمَا لا يَكُونُ كَذَلكَ فَهُوَ وَصْفٌ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ الثَّاني. وَالمَكيلُ لا يَتَعَيَّبُ بالتَّبْعِيضِ، وَالمَذْرُوعُ يَتَعَيَّبُ، وَعَشَرَةُ أَقْفزَة إذَا انْتَقَصَ مِنْهَا القَفِيزُ فَالتِّسْعَةُ تُشْتَرَى بِالثَّمَنِ الذي يَخُصُّهَا مَعَ القَفيزِ الوَاحد فِيمَا إذَا قَال اشْتَرَيْت هَذه الصُّبْرَةَ بعَشَرَة دَرَاهِمَ عَلى أَنَّهَا عَشَرَةُ أَقْفزَة، وَأَمَّا الذِّرَاعُ الوَاحدُ مِنْ الثَّوْب أَوْ الدَّارِ إذَا انْتَقَصَ فَإِنَّ البَاقِيَ لا يُشْتَرَى بالثَّمَنِ الذي كَانَ يُشْتَرَى مَعَهُ، فَإِنَّ الثَّوْبَ العَتَّابِيَّ إذَنْ مَثَلا إذَا كَانَ خَمْسَ عَشَرَةَ ذرَاعًا فَالخَمْسَةُ الزَّائدَةُ عَلى العَشَرَة تَزِيدُ فِي قِيمَة الخَمْسَة وَفِي قيمَة العَشَرَة أَيْضًا.

وَإذَا عُرِفَ هَذَا عُرِفَ أَنَّ القلةَ وَالكَثْرَةَ مِنْ حَيْثُ الكَيْل أَوْ الوَزْن أَصْلٌ وَمِنْ حَيْثُ الذَّرْعِ وَصْفٌ، وَهُوَ اصْطِلاحٌ يَقَعُ عَلى مَا هُوَ المُتَعَارَفُ بَيْنَ التُّجَّارِ. فَإنْ قِيل: سَلمْنَا أَنَّ الذَّرْعَ وَصْفٌ لكنْ لا نُسَلمُ أَنَّ الأَوْصَافَ لا يُقَابلُهَا شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ فَإِنَّ المَبِيعَ المَعيبَ إذَا امْتَنَعَ رَدُّهُ رَجَعَ المُشْتَري بِنُقْصَان العَيْب، كَمَنْ **اشْتَرَى عَبْدًا وَأَعْتَقَهُ أَوْ مَاتَ ثُمَّ اطَّلعَ عَلى نُقْصَانِ أُصْبُعٍ** يَرْجِعُ عَلى بَائِعه بالنُّقْصَان، وَكَمَالُ الأَصَابِعِ وَصْفٌ فِيه

لدُخُوله تَحْتَ حَدِّ الوَصْفِ المَذْكُورِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ كَلامَنَا فِي الوَصْفِ المَقْصُودِ لا فِي الوَصْفِ المَقْصُودِ بالتَّنَاوُل، فَإِنَّهُ إِذَا صَارَ مَقْصُودًا بالتَّنَاوُل حَقِيقَةً كَمَا إِذَا **قَطَعَ البَائِعُ يَدَ العَبْدِ المَبِيعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ** أَوْ حُكْمًا كَمَا إِذَا امْتَنَعَ الرَّدُّ لحَقِّ البَائِعِ كَمَا إِذَا **تَعَيَّبَ المَبِيعُ عِنْدَ المُشْتَرِي** أَوْ لحَقِّ الشَّرْعِ **بِأَنْ كَانَ ثَوْبًا فَخَاطَهُ المُشْتَرِي ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ** أَخَذَ شَبَهًا بِالأَصْلِ فَأَخَذَ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ.

(وَلو قَال بِعتُكهَا عَلى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرهَمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرهَمٍ فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً، فَالمُشتَرِي بِالخِيَارِ إِن شَاءَ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِن الثَّمَنِ، وَإِن شَاءَ تَرَك)؛ لأَنَّ الوَصفَ وَإِن كَانَ تَابِعًا لكِنَّهُ صَارَ أَصلا بِإِفرَادِهِ بِذِكرِ الثَّمَنِ فَيَنزِلُ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنزِلةَ ثَوبٍ؛ وَهَذَا لأَنَّهُ لو أَخَذَهُ بِكُل الثَّمَنِ لم يَكُن آخِذًا لكُل ذِرَاعٍ بِدِرهَمٍ (وَإِن وَجَدَهَا زَائِدَةً فَهُوَ بِالخِيَارِ إِن شَاءَ أَخَذَ الجَمِيعَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرهَمٍ، وَإِن شَاءَ فَسَخَ البَيعَ) لأَنَّهُ إِن حَصَل لهُ الزِّيَادَةُ فِي الذَّرعِ تَلزَمُهُ زِيَادَةُ الثَّمَنِ فَكَانَ نَفعًا يَشُوبُهُ ضَرَرٌ فَيَتَخَيَّرُ، وَإِنَّمَا يَلزَمُهُ الزِّيَادَةُ لمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَارَ أَصلا، وَلو أَخَذَهُ بِالأَقَل لم يَكُن آخِذًا بِالمَشرُوطِ.

الشرح:

وَلوْ قَال بِعْتُكهَا: يَعْنِي الثِّيَابَ أَوْ المَذْرُوعَاتِ كَذَا فِي النِّهَايَةِ، وَفِي نَظَرٍ لأَنَّ المَبِيعَ إِنْ كَانَ ثِيَابًا لَمْ تَكُنْ هَذه المَسْأَلةَ. وَالأَوْلى أَنْ يُقَال: يَعْنِي الأَرْضَ فَإِذَا **بَاعَهَا عَلى أَنَّهَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ** فَإِنْ وُجِدَتْ نَاقِصَةً أَخَذَهَا المُشْتَرِي بِحِصَّتِهَا مِنْ الثَّمَنِ أَوْ تُرِكَ، لأَنَّ الوَصْفَ وَإِنْ كَانَ تَابِعًا لكِنَّهُ صَارَ أَصْلا بِإِفْرَاده بذِكْرِ الثَّمَنِ فَنُزِّل كُلُّ ذِرَاعٍ بِمَنْزِلةِ ثَوْبٍ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلهِمْ إِنَّ الوَصْفَ يُقَابلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ إِذَا كَانَ مَقْصُودًا بالتَّنَاوُل.

وَهَذَا: أَيْ أَخْذُهَا بِحِصَّتِهَا مِنْ الثَّمَنِ إِنَّمَا هُوَ لأَنَّهُ لوْ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ المُشْتَرِي آخذًا كُل ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَهُوَ لَمْ يَبِعْ إلا بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ كُلُّ ذِرَاعٍ بدِرْهَمٍ، لأَنَّ كَلمَةَ عَلى تَأْتِي للشَّرْطِ كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضعه. وَنُوقِضَ بالمَسْأَلة الأُولى لأَنَّ الذِّرَاعَ لوْ أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ أَصْلا بذِكْرِ الثَّمَنِ كَانَ أَصْلا فِي المَسْأَلة الأُولى أَيْضًا لأَنَّهُ ذَكَرَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فِي مُقَابَلةِ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ، وَمُقَابَلةُ الجُمْلة بالجُمْلة تَقْتَضِي انْقسَامَ

الآحَادِ عَلى الآحَاد: وَأُجِيبَ بِأَنَّ الذِّرَاعَ أَصْلٌ مِنْ وَجْه مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مِنْ أَجْزَاءِ العَيْنِ التِي هِيَ مَبِيعَةٌ كَالقَفِيزِ، وَوُصِفَ مِنْ وَجْه مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَالجَمَال وَالكِتَابَة ثُمَّ لوْ جَعَلنَا عَشَرَةَ أَذْرُعٍ مُنْقَسِمَةً عَلى الإِفْرَادِ عِنْدَ ذِكْرِ كُل ذِرَاعٍ لزِمَ إِلغَاءُ جِهَةِ الوَصْفِيَّةِ مِنْ كُل وَجْه، فَقُلنَا بِالوَصْفِيَّةِ عِنْدَ تَرْكِ ذِكْرِهِ، وَبِالأَصْلِيَّةِ عِنْدَ ذِكْرِهِ عَمَلا بِالشَّبِيهَيْنِ.

وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ قَوْلهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ مَعْلُولٌ للوَصْفِيَّةِ فَلا يَكُونُ عِلةً لهَا. وَالأَوْلى أَنْ يُقَال: إِذَا لمْ يُفْرَدْ كُلُّ ذِرَاعٍ بِالذِّكْرِ كَانَ كَوْنُ كُل ذِرَاعٍ مَبِيعًا ضِمْنًا، وَلا مُعْتَبَرَ بِذَلِكَ لمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الوَصْفَ يَصِيرُ أَصْلا إِذَا كَانَ مَقْصُودًا بِالتَّنَاوُل، وَإِنْ وُجِدَتْ زَائِدَةً أَخَذَ المُشْتَرِي الجَمِيعَ كُل ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ أَوْ فُسِخَ، أَمَّا خِيَارُ الفَسْخِ فَلأَنَّهُ إِنْ حَصَل لهُ الزِّيَادَةُ فِي الذَّرْعِ لزِمَهُ الزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ وَفِي ذَلكَ ضَرَرٌ فَكَانَ فِي مَعْنَى خِيَارِ الرُّؤْيَةِ فِي دَفْعِ الضَّرَرِ فَيَتَخَيَّرُ، وَأَمَّا لُزُومُ الزِّيَادَة فَلمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَارَ أَصْلا مَشْرُوطًا، وَلوْ أَخَذَهُ بِالأَقَل لمْ يَكُنْ آخذًا بِالمَشْرُوط.

وَفِيه بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَمَّا الأَوَّلُ فَهُوَ أَنَّ كُل ذِرَاعٍ إِنْ كَانَ بِمَنْزِلة ثَوْبٍ عَلى حِدَةٍ فَسَدَ البَيْعُ إِذَا وَجَدَهَا أَكْثَرَ أَوْ أَقَل، كَمَا لوْ كَانَ العَقْدُ وَارِدًا عَلى أَثْوَابٍ عَشَرَةٍ وَقَدْ وُجِدَتْ أَحَدَ عَشَرَ أَوْ تِسْعَةً عَلى مَا سَيَأْتِي. وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ أَنَّ الذِّرَاعَ لوْ كَانَ أَصْلا بِإِفْرَادِ ذِكْرِ الثَّمَنِ امْتَنَعَ دُخُولُ الزِّيَادَة فِي العَقْد، كَمَا إِذَا بَاعَ **صُبْرَةً عَلى أَنَّهَا عَشَرَةُ أَقْفِزَة فَإِذَا هِيَ أَحَدَ عَشَرَ**، فَإِنَّ الزِّيَادَةَ لا تَدْخُلُ إِلا بِصَفْقَة عَلى حِدَة، وَقَدْ تَقَدَّمَ وَهَاهُنَا دَخَلتْ فِي تِلكَ الصَّفْقَة. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّ الأَثْوَابَ مُخْتَلفَةٌ فَتَكُونُ العَشَرَةُ المَبِيعَةُ مَجْهُولةً جَهَالةً تُفْضِي إِلى المُنَازَعَة، وَالذُّرْعَانُ مِنْ ثَوْبٍ وَاحِدٍ ليْسَتْ كَذَلكَ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ الذِّرَاعَ الزَّائِدَ لوْ لمْ يَدْخُل كَانَ بَائِعًا بَعْضَ الثَّوْبِ وَفَسَدَ البَيْعُ فَحَكَمْنَا بِالدُّخُول تَحَرِّيًا فِي الجَوَازِ وَالقَفِيزُ الزَّائِدُ ليْسَ كَذَلكَ.

قَال (وَمَن اشتَرَى عَشرَةَ أذرُعٍ مِن مِائَةِ ذِرَاعٍ مِن دَارٍ أَو حَمَّامٍ فَالبَيعُ فَاسِدٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: هُوَ جَائِزٌ، وَإِن اشتَرَى عَشرَةَ أَسهُمٍ مِن مِائَةِ سَهمٍ جَازَ فِي قَولِهِم جَمِيعًا) لهُمَا أَنَّ عَشرَةَ أَذرُعٍ مِن مِائَةِ ذِرَاعٍ عُشرُ الدَّارِ فَأَشبَهَ عَشرَةَ أَسهُمٍ. وَلهُ أَنَّ الذِّرَاعَ اسمٌ لمَا يَذرَعُ بِهِ، وَاستُعِيرَ لمَا يَحِلُّهُ الذِّرَاعُ وَهُوَ المُعَيَّنُ دُونَ المَشَاعِ، وَذَلكَ غَيرُ مَعلُومٍ، بِخِلافِ السَّهمِ.

وَلا فَرقَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ بَينَ مَا إِذَا عَلمَ مِن جُملَةِ الذّرَاعَانِ أَو لم يَعلم هُوَ الصَّحِيحُ خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ الخَصَّافُ لِبَقَاءِ الجَهَالَةِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى عَشَرَةَ أَذْرُعٍ) شِرَاءُ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ (مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ أَوْ حَمَّامٍ) أَعْنِي أَنْ يَكُونَ المَبِيعُ مِمَّا يَنْقَسِمُ أَوْ مِمَّا لا يَنْقَسِمُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا هُوَ جَائِزٌ إِذَا كَانَتْ الدَّارُ مِائَةَ ذِرَاعٍ وَشِرَاءُ عَشَرَةِ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ جَائِزٌ بِالاتِّفَاقِ

(وَلهُمَا أَنَّ عَشَرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ) كَعَشَرَةِ أَسْهُمٍ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ فِي كَوْنِهَا عُشْرًا فَتَخْصِيصُ الجَوَازِ بِأَحَدِهِمَا تَحَكُّمٌ، وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الذِّرَاعَ حَقِيقَةٌ فِي الآلَةِ التِي يُذْرَعُ بِهَا وَإِرَادَتُهَا هَاهُنَا مُتَعَذِّرَةٌ فَيَصِيرُ مَجَازًا لِمَا يَحِلُّهُ بِطَرِيقِ ذِكْرِ الحَالِ وَإِرَادَةِ المَحَلِ، وَمَا يَحِلُّهُ لا يَكُونُ إِلا مُعَيَّنًا مُشَخَّصًا لأَنَّهُ فِعْلٌ حِسِّيٌّ يَقْتَضِي مَحَلا حِسِّيًّا، وَالمُشَاعُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَمَا يَحِلُّهُ لا يَكُونُ مُشَاعًا فَلا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ الذِّرَاعُ لِعَدَمِ مُجَوِّزِ المَجَازِ.

(وَذَلِكَ) أَيْ العَشَرَةُ الأَذْرُعُ غَيْرُ مَعْلُومٍ هُنَا، إِذْ لَمْ يُعْلَمْ أَنَّ العَشَرَةَ مِنْ أَيِّ جَانِبٍ مِنْ الدَّارِ فَيَكُونُ مَجْهُولا جَهَالَةً تُفْضِي إِلى المُنَازَعَةِ، بِخِلافِ السَّهْمِ فَإِنَّهُ أَمْرٌ عَقْلِيٌّ لا يَقْتَضِي مَحَلا حِسِّيًّا فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي الشَّائِعِ فَالجَهَالَةُ لا تُفْضِي إِلى المُنَازَعَةِ فَإِنَّ صَاحِبَ عَشَرَةِ أَسْهُمٍ يَكُونُ شَرِيكًا لِصَاحِبِ تِسْعِينَ سَهْمًا فِي جَمِيعِ الدَّارِ عَلى قَدْرِ نَصِيبِهِمَا مِنْهَا، وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الكَثِيرِ أَنْ يَدْفَعَ صَاحِبُ القَلِيلِ مِنْ جَمِيعِ الدَّارِ فِي قَدْرِ نَصِيبٍ مِنْ أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ.

وَلا فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ جُمْلَةَ الذُّرْعَانِ كَمَا إِذَا قَال عَشَرَةُ أَذْرُعٍ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ مِنْ مِائَةِ ذِرَاعٍ، وَبَيْنَ مَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ، كَمَا إِذَا قَال عَشَرَةُ أَذْرُعٍ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ ذُرْعَانِ جَمِيعِ الدَّارِ فِي الصَّحِيحِ لِبَقَاءِ الجَهَالَةِ المَانِعَةِ مِنْ الجَوَازِ خِلافًا لِمَا يَقُولُهُ الخَصَّافُ أَنَّ الفَسَادَ إِنَّمَا هُوَ عِنْدَ جَهَالَةِ جُمْلَةِ الذُّرْعَانِ. وَأَمَّا إِذَا عُرِفَتْ مِسَاحَتُهَا فَإِنَّهُ يَجُوزُ جَعْلُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ نَظِيرَ مَا لوْ بَاعَ كُل شَاةٍ مِنْ القَطِيعِ بِدِرْهَمٍ إِذَا كَانَ عَدَدُ جُمْلَةِ الشِّيَاهِ مَعْلُومًا فَإِنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَهُ.

وَلو اشتَرَى عِدلا عَلى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَثوَابٍ فَإِذَا هُوَ تِسعَةٌ أَو أَحَدَ عَشَرَ فَسَدَ البَيعُ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ أَو الثَّمَنِ (وَلو بَيَّنَ لِكُل ثَوبٍ ثَمَنًا جَازَ فِي فَصلِ النُّقصَانِ بِقَدرِهِ وَلَهُ الخِيَارُ، وَلَم يَجُز فِي الزِّيَادَةِ) لِجَهَالَةِ العَشَرَةِ المَبِيعَةِ. وَقِيلَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لا يَجُوزُ فِي فَصل

النُّقصَانِ أيضًا وَليسَ بِصَحِيحٍ، بِخِلافِ مَا إِذَا اشتَرَى ثَوبَينِ عَلَى أَنَّهُمَا هَرَوِيَّانِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا مَروِيٌّ حَيثُ لا يَجُوزُ فِيهِمَا، وَإِن بَيَّنَ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا؛ لأَنَّهُ جَعَلَ القَبُولَ فِي المَروِيِّ شَرطًا لِجَوَازِ العَقدِ فِي الهَرَوِيِّ، وَهُوَ شَرطٌ فَاسِدٌ وَلا قَبُولَ يُشتَرَطُ فِي المَعدُومِ فَافتَرَقَا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى عِدْلا عَلى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَثْوَابٍ) عِدْلُ الشَّيْءِ بِكَسْرِ العَيْنِ مِثْلُهُ مِنْ جِنْسِه فِي مِقْدَارِه وَمِنْهُ عِدْلُ الحِمْلِ إِذَا **اشْتَرَى عِدْلا عَلَى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَثْوَابٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ فَكَانَ تِسْعَةً أَوْ أَحَدَ عَشَرَ** فَسَدَ البَيْعُ. أَمَّا إِذَا زَادَ فَلِجَهَالَةِ المَبِيعِ لأَنَّ الزَّائِدَ لَمْ يَدْخُل تَحْتَ العَقْدِ فَيَجِبُ رَدُّهُ، وَالأَثْوَابُ مُخْتَلِفَةٌ فَكَانَ المَبِيعُ مَجْهُولا جَهَالَةً تُفْضِي إِلى المُنَازَعَةِ. وَأَمَّا إِذَا نَقَصَ فَلِوُجُوبِ سُقُوطِ حِصَّةِ النَّاقِصِ عَنْ ذِمَّةِ المُشْتَرِي وَهِيَ مَجْهُولَةٌ لأَنَّهُ لا يَدْرِي أَنَّهُ كَانَ جَيِّدًا أَوْ وَسَطًا أَوْ رَدِيئًا.

وَحِينَئِذٍ لا تُدْرَى قِيمَتُهُ بِيَقِينٍ حَتَّى تَسْقُطَ فَكَانَتْ جَهَالَتُهَا تُوجِبُ جَهَالَةَ البَاقِي مِنْ الثَّمَنِ فَلا يُشَكُّ فِي فَسَادِه، وَإِذَا بَيَّنَ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا بِقَوْلِه كُلُّ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ البَيْعُ فِي فَصْلِ النُّقْصَانِ لِكَوْنِ الثَّمَنِ مَعْلُومًا، وَلَهُ الخِيَارُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ المَوْجُودَ بِحِصَّتِه مِنْ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لأَنَّهُ تَغَيَّرَ شَرْطُ عَقْدِه وَلَمْ يَجُزْ فِي فَصْلِ الزِّيَادَةِ لِجَهَالَةِ العَشَرَةِ المَبِيعَةِ.

وَمِنْ مَشَايِخِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ البَيْعَ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي فَصْلِ النُّقْصَانِ أَيْضًا لأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ المَوْجُودِ وَالمَعْدُومِ فِي صَفْقَةٍ فَكَانَ قَبُولُ البَيْعِ فِي المَعْدُومِ شَرْطًا لِقَبُولِه فِي المَوْجُودِ فَيَفْسُدُ العَقْدُ كَمَا لَوْ جُمِعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ فِي صَفْقَةٍ وَسَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَمَنًا فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ البَيْعُ عِنْدَهُ فِي القِنِّ خِلافًا لَهُمَا كَذَلِكَ هَذَا. وَاسْتَدَلَّ بِمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: **رَجُلٌ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلى أَنَّهُمَا هَرَوِيَّانِ كُلُّ ثَوْبٍ بِعَشَرَةٍ، فَإِذَا أَحَدُهُمَا هَرَوِيٌّ وَالآخَرُ مَرْوِيٌّ**، فَالبَيْعُ فَاسِدٌ فِي الهَرَوِيِّ وَالمَرْوِيِّ جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَعِنْدَهُمْ يَجُوزُ فِي الهَرَوِيِّ.

وَوَجْهُ الاسْتِدْلالِ أَنَّ الفَائِتَ فِي الصِّفَةِ مَسْأَلَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لا أَصْلُ الثَّوْبِ، فَإِذَا كَانَ فَوَاتُ الصِّفَةِ فِي أَحَدِ البَدَلَيْنِ مُفْسِدًا لِلعَقْدِ عَلَى مَذْهَبِه فَفَوَاتُ أَحَدِهِمَا مِنْ الأَصْلِ أَوْلَى أَنْ يَفْسُدَ. قَالَ الشَّيْخُ: وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ لأَنَّ ثَمَنَ النَّاقِصِ مَعْلُومٌ قَطْعًا فَلا يَضُرُّ البَاقِي. وَفَرَّقَ بَيْنَ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَمَسْأَلَةِ الجَامِعِ بِقَوْلِهِ لأَنَّهُ جَعَلَ القَبُولَ فِي المَرْوِيِّ شَرْطًا

للعَقْدِ فِي الهَرَوِيِّ، وَهُوَ شَرْطٌ فَاسِدٌ لأَنَّ المَرْوِيَّ غَيْرُ مَذْكُورٍ فِي العَقْدِ فَشَرْطُ قَبُوله مِمَّا لا يَقْتَضِيه العَقْدُ فَكَانَ فَاسِدًا، وَهَذَا لا يُوجَدُ هَهُنَا فَإِنَّهُ مَا شَرَطَ قَبُول العَقْدِ فِي المَعْدُومِ وَلا قَصَدَ إِيرَادَ العَقْدِ عَلى المَعْدُومِ لِعَدَمِ تَصَوُّرِ ذَلكَ فِيه، وَإِنَّمَا قَصَدَ إِيرَادَهُ عَلى المَوْجُود فَقَطْ وَلكِنَّهُ غَلطَ فِي العَدَدِ. وَهَرَوِيٌّ بِفَتْحِ الرَّاءِ وَمَرْوِيٌّ بِسُكُونِهَا مَنْسُوبٌ إِلى هَرَاةَ وَمَرْوَ قَرْيَتَانِ بِخُرَاسَانَ.

(وَلو اشْتَرَى ثَوبًا وَاحِدًا عَلى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرهَمٍ فَإِذَا هُوَ عَشَرَةٌ وَنِصفٌ أَو تِسعَةٌ وَنِصفٌ، قَال أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: فِي الوَجهِ الأَوَّل يَأخُذُهُ بِعَشَرَةٍ مِن غَيرِ خِيَارٍ، وَفِي الوَجهِ الثَّانِي يَأخُذُهُ بِتِسعَةٍ إِن شَاءَ وَقَال أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: فِي الوَجهِ الأَوَّل يَأخُذُهُ بِأَحَدَ عَشَرَ إِن شَاءَ، وَفِي الثَّانِي يَأخُذُ بِعَشَرَةٍ إِن شَاءَ. وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَأخُذُ فِي الأَوَّل بِعَشَرَةٍ وَنِصفٍ إِن شَاءَ، وَفِي الثَّانِي بِتِسعَةٍ وَنِصفٍ وَيُخَيَّرُ)؛ لأَنَّ مِن ضَرُورَةِ مُقَابَلَةِ الذِّرَاعِ بِالدِّرهَمِ مُقَابَلَةُ نِصفِهِ بِنِصفِهِ فَيَجرِي عَلَيهِ حُكمُهَا.

وَلأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَمَّا أَفرَدَ كُل ذِرَاعٍ بِبَدَلٍ نَزَل كُلُّ ذِرَاعٍ مَنزِلَةَ ثَوبٍ عَلى حِدَةٍ وَقَد انتَقَضَ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الذِّرَاعَ وَصفٌ فِي الأَصل، وَإِنَّمَا أَخَذَ حُكمَ المِقدَارِ بِالشَّرطِ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِالذِّرَاعِ، فَعِندَ عَدَمِهِ عَادَ الحُكمُ إِلى الأَصل. وَقِيل فِي الكِربَاسِ الذِي لا يَتَفَاوَتُ جَوَانِبُهُ لا يَطِيبُ لِلمُشتَرِي مَا زَادَ عَلى المَشرُوطِ؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ المَوزُونِ حَيثُ لا يَضُرُّهُ الفَصلُ، وَعَلى هَذَا لو قَالُوا: يَجُوزُ بَيعُ ذِرَاعٍ مِنهُ.

الشرح:

قَال (وَلوْ اشْتَرَى ثَوْبًا وَاحِدًا) إِذَا **اشْتَرَى ثَوْبًا وَاحِدًا عَلى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَزَادَ أَوْ نَقَصَ نِصْفُ ذِرَاعٍ** قَال أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا زَادَ أَخَذَهُ بِعَشَرَةٍ بِلا خِيَارٍ، وَفِي النُّقْصَانِ بِتِسْعَةٍ إِنْ شَاءَ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: وَإِذَا زَادَ أَخَذَهُ بِأَحَدَ عَشَرَ إِنْ شَاءَ، وَإِنْ نَقَصَ بِعَشَرَةٍ إِنْ شَاءَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: أَخَذَهُ فِي الأَوَّل بِعَشَرَةٍ وَنِصْفٍ، وَفِي الثَّانِي بِتِسْعَةٍ وَنِصْفٍ إِنْ شَاءَ لأَنَّهُ قَابَل كُل ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، وَمِنْ ضَرُورَةِ ذَلكَ مُقَابَلَةُ نِصْفِ الذِّرَاعِ بِنِصْفِ الدِّرْهَمِ. فَيُجزَّأُ عَليْه) مِنْ التَّجْزِئَةِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ يَجْرِي عَليْه أَيْ عَلى النِّصْفِ حُكْمُ المُقَابَلة، وَيُخَيَّرُ كَمَا لوْ بَاعَ عَشَرَةً بِعَشَرَةٍ فَنَقَصَ ذِرَاعٌ (وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِإِفْرَادِ البَدَل صَارَ كُلُّ ذِرَاعٍ) كَثَوْبٍ

عَلى حدَةٍ وَالثَّوْبُ إذَا بِيعَ عَلى أَنَّهُ كَذَا ذِرَاعًا فَنَقَصَ ذِرَاعٌ لا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ وَلكِنْ يَثْبُتُ لهُ الخِيَارُ وَقَدْ تَقدَّمَ. وَلأَبي حَنِيفَةَ ﷺ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ الذِّرَاعَ وَصْفٌ فِي الأَصْل لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ، وَإِنَّمَا أَخذَ حُكْمَ الأَصْل بِالشَّرْطِ وَالشَّرْطُ مُقَيَّدٌ بِالذِّرَاعِ وَنِصْفُ الذِّرَاعِ لَيْسَ بِذِرَاعٍ، فَكَانَ الشَّرْطُ مَعْدُومًا وَزَال مُوجِبُ كَوْنِه أَصْلا فَعَادَ الحُكْمُ إلى الأَصْل وَهُوَ الوَصْفُ فَصَارَتْ الزِّيَادَةُ عَلى العَشَرَةِ وَالتِّسْعَةُ كَزِيَادَةِ صِفَةِ الجَوْدَةِ فَسُلِمَ لهُ مَجَّانًا.

وَقِيل هَذِه الأَقْوَالُ الثَّلاثَةُ فِي الثَّوْبِ الذِي تَتَفَاوَتُ جَوَانِبُهُ كَالسَّرَاوِيل وَالقَمِيصِ وَالأَقْبِيَةِ، أَمَّا فِي الكِرْبَاسِ الذِي لا يَتَفَاوَتُ جَوَانِبُهُ لا تُسَلمُ الزِّيَادَةُ لهُ لأَنَّهُ وَإِنْ اتَّصَل بَعْضُهُ بِبَعْضٍ فَهُوَ فِي مَعْنَى المَكِيل وَالمَوْزُونِ لِعَدَمِ تَضَرُّرِه بِالقَطْعِ، وَعَلى هَذَا قَال المَشَايِخُ: إذَا بَاعَ ذِرَاعًا مِنْهُ وَلَمْ يُعَيِّنْ مَوْضِعَهُ جَازَ كَمَا فِي الحِنْطَةِ إذَا بَاعَ قَفِيزًا مِنْهَا.

(فَصلٌ)

(وَمَن بَاعَ دَارًا دَخَل بِنَاؤُهَا فِي البَيعِ وَإِن لم يُسَمِّه، لأَنَّ اسمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ العَرصَةَ وَالبِنَاءَ فِي العُرفِ) وَلأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا اتِّصَال قَرَارٍ فَيَكُونُ تَبَعًا لَه.

الشرح:

(فَصلٌ): مَسَائِلُ هَذَا الفَصْل مَبْنِيَّةٌ عَلى قَاعِدَتَيْنِ: إحْدَاهُمَا أَنَّ كُل مَا هُوَ مُتَنَاوِلٌ اسْمَ المَبِيعِ عُرْفًا دَخَل فِي المَبِيعِ وَإِنْ لَمْ يُذْكَرْ صَرِيحًا. وَالثَّانِيَةُ: أَنَّ مَا كَانَ مُتَّصِلا بِالمَبِيعِ اتِّصَال إقْرَارٍ كَانَ تَابِعًا لهُ فِي الدُّخُول، وَنَعْنِي بِالقَرَارِ الحَال الثَّانِيَ عَلى مَعْنَى أَنَّ مَا وُضِعَ لأَنْ يَفْصِلهُ البَشَرُ فِي ثَانِي الحَال لَيْسَ بِاتِّصَال قَرَارٍ، وَمَا وُضِعَ لا لأَنْ يَفْصِلهُ فِيهِ فَهُوَ اتِّصَالُ قَرَارٍ.

وَعَلى هَذَا (**دَخَل بِنَاءُ الدَّارِ فِي بَيْعِهَا** وَإِنْ لَمْ يُسَمِّه لأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ العَرْصَةَ وَالبِنَاءَ فِي العُرْفِ) لا يُقَالُ: لا نُسَلمُ تَنَاوُلهُ البِنَاءَ فِي العُرْفِ فَإِنَّهُ لَمْ يَدْخُل فِي بَابِ الأَيْمَانِ التِي مَبْنَاهَا عَلى العُرْفِ كَمَا تَقَدَّمَ (لأَنَّ بِتَنَاوُله إيَّاهُ بِاعْتِبَارِ كَوْنِه صِفَةً لهَا) وَهِيَ إذَا لَمْ تَكُنْ دَاعِيَةً لليَمِينِ لا يَتَقَيَّدُ بِهَا كَمَا تَقَدَّمَ، وَالبِنَاءُ لَيْسَ بِدَاعٍ إلى اليَمِينِ فَلمْ يَتَقَيَّدْ بِه وَحَنِثَ بِالدُّخُول بَعْدَ الانْهِدَامِ (وَلأَنَّ البِنَاءَ مُتَّصِلٌ بِهِ) أَيْ بِالأَرْضِ عَلى تَأْوِيل المَكَانِ (اتِّصَال قَرَارٍ) فَيَكُونُ تَابِعًا لهُ.

(وَمَن بَاعَ أَرضًا دَخَل مَا فِيهَا مِن النَّخل وَالشَّجرِ وَإِن لم يُسَمِّهِ) لأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا للقَرَارِ فَأَشبَهَ البِنَاءَ (وَلا يَدخُلُ الزَّرعُ فِي بَيعِ الأَرضِ إلا بِالتَّسمِيَةِ) لأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا للفَصل فَشَابَهَ المَتَاعَ الذِي فِيهَا.

الشرح:

وَإِذَا بَاعَ أَرْضًا دَخَل مَا فِيهَا مِنْ النَّخْل وَالشَّجَرَة) كَبِيرَةً كَانَتْ أَوْ صَغِيرَةً مُثْمِرَةً أَوْ غَيْرَهَا عَلى الأَصَحِّ (وَإِنْ لَمْ يُسَمِّه للاتِّصَال فَأَشْبَهَ البِنَاءَ وَلا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي بَيْعِ الأَرْضِ إلا بِالتَّسْمِيَة لأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهِ للفَصْل فَأَشْبَهَ المَتَاعَ المَوْضُوعَ فِي الدَّار) وَنُوقِضَ بِالحَمْل فَإِنَّهُ مُتَّصِلٌ بِالأُمِّ للفَصْل وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ الأُمِّ. وَالجَوَابُ أَنَّهُ غَيْرُ وَارِدٍ عَلى التَّفْسِيرِ المَذْكُورِ، فَإِنَّ البَشَرَ لَيْسَ فِي وُسْعِه فَصْلُ الحَمْل عَنْ الأُمِّ.

(وَمَن بَاعَ نَخلا أَو شَجرًا فِيهِ ثَمرٌ فَثَمرَتُهُ للبَائِعِ إلا أَن يَشتَرِطَ المُبتَاعُ) لقَوله عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن اشتَرَى أَرضًا فِيهَا نَخلٌ فَالثَّمرَةُ للبَائِعِ، إلا أَن يَشتَرِطَ المُبتَاعُ»[1] وَلأَنَّ الاتِّصَال وَإِن كَانَ خِلقَةً فَهُوَ للقَطعِ لا للبَقَاءِ فَصَارَ كَالزَّرعِ. (وَيُقَالُ للبَائِعِ اقطَعهَا وَسَلم المَبِيعَ) وَكَذَا إذَا كَانَ فِيهَا زَرعٌ؛ لأَنَّ مِلكَ المُشتَرِي مَشغُولٌ بِمِلكِ البَائِعِ فَكَانَ عَليهِ تَفرِيغُهُ وَتَسليمُهُ، كَمَا إذَا كَانَ فِيهِ مَتَاعٌ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُترَكُ حَتَّى يَظهَرَ صَلاحُ الثَّمرِ وَيُستَحصَدُ الزَّرعُ؛ لأَنَّ الوَاجِبَ إنَّمَا هُوَ التَّسليمُ المُعتَادُ، وَالمُعتَادُ أَن لا يُقطَعَ كَذَلكَ وَصَارَ كَمَا إذَا انقَضَت مُدَّةُ الإِجَارَةِ وَفِي الأَرضِ زَرعٌ. قُلنَا: هُنَاكَ التَّسليمُ وَاجِبٌ أَيضًا حَتَّى يُترَكَ بِأَجرٍ، وَتَسليمُ العِوَضِ كَتَسليمِ المُعَوَّضِ.

وَلا فَرقَ بَينَ مَا إذَا كَانَ الثَّمرُ بِحَالٍ لهُ قِيمَةٌ أَو لم يَكُن فِي الصَّحِيحِ وَيَكُونُ فِي الحَالينِ للبَائِعِ؛ لأَنَّ بَيعَهُ يَجُوزُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَينِ عَلى مَا تَبَيَّنَ فَلا يَدخُلُ فِي بَيعِ الشَّجَرِ مِن غَيرِ ذِكرٍ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ نَخْلا) بَاعَ نَخْلا (أَوْ شَجَرًا عَليْه ثَمرٌ فَثَمرَتُهُ للبَائِع إلا) أَنْ يَقُول المُشْتَرِي اشْتَرَيْته مَعَ ثَمرَتِه لقَوْله ﷺ **«مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا فِيهَا نَخلٌ فَالثَّمرَةُ للبَائِعِ، إلا**

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٩٠، وأبو داود (٣٤٣٣)، والترمذي (١٢٤٤).

أَنْ **يُشْتَرَطَ المُبْتَاعُ**» وَفِيه دَلالةٌ عَلى أَنَّ مَا وُضِعَ للقَرارِ يَدْخُلُ وَمَا وُضِعَ للفَصْلِ لا يَدْخُلُ، لأنَّ المَعْقُودَ عَلَيْه أَرْضٌ فِيهَا نَخْلٌ عَلَيْه ثَمرٌ فَقَال عَلَيْه الصَّلاةُ والسَّلامُ «**الثَّمَرَةُ للبَائِعِ إلا أَنْ يُشْتَرَطَ**» وَلَمْ يَذْكُرْ النَّخْل.

وَقَوْلُهُ (وَلأنَّ الاتِّصَال وَإِنْ كَانَ خلقَةً) فيه إشَارَةٌ إلى أَنَّ الاعْتِبَارَ للحَال الثَّاني وَالحَالُ الأُولى لا فَرْقَ فيهَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ خلقَةً أَوْ مَوْضُوعًا وَيُقَالُ للبَائِعِ سَلمْ المَبيعَ) فَارِغًا لوُجُوب ذَلكَ عَلَيْه، فَيُؤْمَرُ بتَفريغ ملك المُشْتَري عَنْ ملكه بقَطْعِ الثَّمَرَة وَرَفْعِ الزَّرْعِ (وَقَال الشَّافعيُّ: يُتْرَكُ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُ الثَّمرِ، وَيَسْتَحْصدَ الزَّرْعُ لأنَّ الوَاجبَ هُوَ التَّسْليمُ المُعْتَادُ، وَالمُعْتَادُ أَنْ لا يُقْطَعَ) وَقَاسَهُ عَلى مَا إذَا **انْقَضَتْ مُدَّةُ الإجَارَة وَفي الأَرْضِ زَرْعٌ فَإِنَّهُ يُؤَخَّرُ** إلى الحَصَاد.

وَالجَوَابُ أَنَّا لا نُسَلمُ أَنَّ المُعْتَادَ عَدَمُ القَطْعِ إلى وَقْت البُدُوِّ وَالاسْتحْصَاد؛ سَلمْنَاهُ لكنَّهُ مُشْتَرَكٌ فَإِنَّهُمْ قَدْ يَبيعُونَ للقَطْعِ سَلمْنَاهُ، وَلكنَّ الوَاجبَ ذَلكَ مَا لَمْ يُعَارِضْهُ مَا يُسْقطُهُ وَقَدْ عَارَضَهُ دَلالَةُ الرِّضَا بذَلكَ وَهيَ إقْدَامُهُ عَلى بَيْعهَا مَعَ علمه بمُطَالبَة المُشْتَري تَفْريغَ ملكه وَتَسْليمَهُ إيَّاهُ فَارغًا (قَوْلُهُ هُنَاكَ) إشَارَةٌ إلى الجَوَاب عَنْ المَقيسِ عَلَيْه وَتَقْريره (التَّسْليمُ وَاجبٌ) في صُورَة انْقضَاء مُدَّة الإجَارَة أَيْضًا.

(وَلا يَتْرُكُهُ إلا بأَجْرٍ وَتَسْليمُ العوَضِ تَسْليمُ المُعَوَّضِ) لا يُقَالُ: فَليَكُنْ فيمَا نَحْنُ فيه كَذَلكَ لمَا سَيَأْتي، وَلا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الثَّمرُ بحَالٍ لهُ قيمَةٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ) في كَوْنه للبَائعِ (في الصَّحيح) وَقيل إذَا لَمْ يَكُنْ لهُ قيمَةٌ يَدْخُلُ في البَيْعِ وَيَكُونُ للمُشْتَري. وَجْهُ الصَّحيح أَنَّ بَيْعَهُ مُنْفَردًا يَصحُّ في أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ، وَمَا صَحَّ بَيْعُهُ مُنْفَردًا لا يَدْخُلُ في بَيْعِ غَيْره إذَا لَمْ يَكُنْ مَوْضُوعًا للقَرار

وَأَمَّا إذَا بِيعَت الأَرضُ وَقَد بَذَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا وَلَم يَنبُت بَعدُ لَم يَدخُلُ فِيهِ؛ لأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا كَالمَتَاعِ. وَلَو نَبَتَ وَلَم تَصِر لَهُ قِيمَةٌ فَقَد قِيلَ لا يَدخُلُ فِيهِ، وَقَد قِيلَ يَدخُلُ فِيهِ، وَكَأَنَّ هَذَا بِنَاءٌ عَلَى الاختِلافِ فِي جَوَازِ بَيعِهِ قَبلَ أَن تَنَالَهُ المَشَافِرُ وَالمَنَاجِلُ، وَلا يَدخُلُ الزَّرعُ وَالثَّمَرُ بِذِكرِ الحُقُوقِ وَالمَرَافِقِ؛ لأَنَّهُمَا لَيسَا مِنهُمَا. وَلَو قَال بِكُل قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا وَمِنهَا مِن حُقُوقِهَا أَو قَال مِن مَرَافِقِهَا لَم يَدخُلا فِيهِ لِمَا قُلنَا، وَإِن لَم يَقُل مِن حُقُوقِهَا أَو مِن مَرَافِقِهَا دَخَلا فِيهِ. وَأَمَّا الثَّمَرُ المَجذُوذُ وَالزَّرعُ المَحصُودُ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ المَتَاعِ لا يَدخُلُ إِلا بِالتَّصرِيحِ بِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَأَمَّا إذَا بِيعَتْ الأَرْضُ) يَعْنِي مَعْطُوفًا عَلى قَوْلِه وَلا فَرْقَ: يَعْنِي: الثَّمَرُ لا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لهُ قِيمَةٌ (وَأَمَّا الأَرْضُ إذَا بِيعَتْ وَقَدْ بَذَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا وَلَمْ يَنْبُتْ فَإِنَّهُ لا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ لأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا كَالمَتَاعِ) وَذُكِرَ فِي فَتَاوَى الفَضْلِيِّ ذَلِكَ فِيمَا إذَا لَمْ يَعْفَنْ البَذْرُ فِي الأَرْضِ، وَأَمَّا إذَا عَفِنَ فِيهَا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي وَهَذَا لأَنَّ بَيْعَ العَفَنِ بِانْفِرَادِهِ لا يَصِحُّ فَكَانَ تَابِعًا وَلَوْ نَبَتَ وَلَمْ يَصِرْ لهُ قِيمَةٌ) قَال أَبُو القَاسِمِ الصَّفَّارُ لا يَدْخُلُ. وَقَال أَبُو بَكْرٍ الإِسْكَافُ يَدْخُلُ.

قَال الشَّيْخُ (وَكَأَنَّ) وَصَحَّحَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ تَشْدِيدَ النُّونِ (هَذَا بِنَاءٌ عَلى الاخْتِلافِ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ) يَعْنِي فَمَنْ جَوَّزَ بَيْعَهُ قَبْل أَنْ تَنَالهُ المَشَافِرُ وَالمَنَاجِلُ لَمْ يَجْعَلْهُ تَابِعًا لِغَيْرِهِ، وَمَنْ لَمْ يُجَوِّزْهُ جَعَلهُ تَابِعًا مُشَفَّرًا كَبَعِيرٍ شَفَّتُهُ وَالجَمْعُ مَشَافِرُ. وَالمِنْجَلُ مَا يُحْصَدُ بِهِ الزَّرْعُ وَالجَمْعُ مَنَاجِلُ.

قَال (وَلا يَدخُلُ الزَّرعُ وَالثَّمرُ) اعلم أَنَّ الأَلفَاظَ فِي بَيعِ الأَرضِ المَزرُوعَةِ وَالشَّجرَةِ المُثمِرَةِ أَربَعَةٌ: الأَوَّلُ أَن يَقُول بِعت الأَرضَ أَو الشَّجرَ وَلم يَزِد عَلى ذَلكَ وَقَد تَقَدَّمَ بَيَانُ ذَلكَ. وَالثَّانِي بِعت بِحُقُوقِهَا وَمَرَافِقِهَا. وَالثَّالثُ بِعت بِكُل قَليلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لهُ فِيهَا وَمِنهَا مِن حُقُوقِهَا أَو مِن مَرَافِقِهَا. وَالرَّابِعُ بِعت بِكُل قَليلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لهُ فِيهَا وَلم يَقُل مِن حُقُوقِهَا أَو مِن مَرَافِقِهَا، وَفِي الثَّانِي وَالثَّالثِ لا يَدخُلُ الزَّرعُ وَالثَّمرُ لأَنَّ الحَقَّ فِي العَادَةِ يُذكَرُ لِمَا هُوَ تَبَعٌ لا بُدَّ للمَبِيعِ مِنهُ كَالطَّرِيقِ وَالشِّربِ.

وَالمَرَافِقُ مَا يَرتَفِقُ بِهِ وَهُوَ مُختَصٌّ بِالتَّوَابِعِ كَمَسِيل المَاءِ وَالزَّرعِ وَالثَّمرِ ليسَا كَذَلكَ فَلا يَدخُلانِ. وَفِي الرَّابِعِ يَدخُلانِ لِعُمُومِ اللفظِ، وَهَذَا إذَا كَانَ فِي الأَرضِ أَو عَلى الشَّجرِ، وَأَمَّا إذَا كَانَ الثَّمرُ مَجذُوذًا وَالزَّرعُ مَحصُودًا فَهُوَ بِمَنزِلةِ المَتَاعِ لا يَدخُلانِ إلا بِالتَّصرِيحِ بِهِ.

قَال (وَمَن بَاعَ ثَمَرَةً لم يَبدُ صَلاحُهَا أَو قَد بَدَا جَازَ البَيعُ)؛ لأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، إمَّا لكَونِهِ مُنتَفِعًا بِهِ فِي الحَال أَو فِي الثَّانِي، وَقَد قِيل لا يَجُوزُ قَبل أَن يَبدُوَ صَلاحُهَا وَالأَوَّلُ أَصَحُّ (وَعَلى المُشتَرِي قَطعُهَا فِي الحَال) تَفرِيغًا لِملكِ البَائِعِ، وَهَذَا. إذَا اشتَرَاهَا مُطلقًا أَو بِشَرطِ القَطعِ (وَإِن شَرَطَ تَركَهَا عَلى النَّخِيل فَسَدَ البَيعُ)؛ لأَنَّهُ شَرطٌ لا يَقتَضِيهِ العَقدُ

وَهُوَ شَغلُ مِلكِ الغيرِ أو هُوَ صَفقةٌ فِي صَفقةٍ وَهُوَ إعارَةٌ أو إجارَةٌ فِي بَيعٍ، وَكَذَا بَيعُ الزَّرعِ بِشَرطِ التَّركِ لِمَا قُلنَا.

وَكَذَا إِذَا تَنَاهَى عِظَمُهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ لِمَا قُلنَا، وَاستَحسَنَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ لِلعَادَةِ، بِخِلافِ مَا إِذَا لم يَتَنَاهَ عِظَمُهَا؛ لأَنَّهُ شَرطٌ فِيهِ الجُزءُ المَعدُومُ وَهُوَ الذِي يَزِيدُ لِمَعنًى مِن الأَرضِ أو الشَّجَرِ. وَلو اشتَرَاهَا مُطلقًا وَتَرَكَهَا بِإِذنِ البَائِعِ طَابَ لهُ الفَضلُ، وَإِن تَرَكَهَا بِغَيرِ إِذنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ لِحُصُولِهِ بِجِهَةٍ مَحظُورَةٍ، وَإِن تَرَكَهَا بَعدَمَا تَنَاهَى عِظَمُهَا لم يَتَصَدَّق بِشَيءٍ.

لأَنَّ هَذَا تَغَيُّرُ حَالَةٍ لا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ، وَإِن اشتَرَاهَا مُطلقًا وَتَرَكَهَا عَلَى النَّخِيلِ وَقَد استَأجَرَ النَّخِيلَ إلى وَقتِ الإِدرَاكِ طَابَ لهُ الفَضلُ؛ لأَنَّ الإِجَارَةَ بَاطِلَةٌ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ وَالحَاجَةِ فَبَقِيَ الإِذنُ مُعتَبَرًا، بِخِلافِ مَا إِذَا اشتَرَى الزَّرعَ وَاستَأجَرَ الأَرضَ إلى أَن يُدرِكَ وَتَرَكَهُ حَيثُ لا يَطِيبُ لهُ الفَضلُ؛ لأَنَّ الإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لِلجَهَالَةِ فَأَورَثَت خُبثًا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلاحُهَا) **بَيْعُ الثَّمَرِ عَلى الشَّجَرِ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الظُّهُورِ أَوْ بَعْدَهُ**، وَالأَوَّلُ لا يَجُوزُ، وَالثَّانِي جَائِزٌ بَدَا صَلاحُهَا بِصَلاحِهَا لانْتِفَاعِ بَنِي آدَمَ أَوْ عَلَفِ الدَّوَابِّ، أَوْ لَمْ يَبْدُ لأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ فِي الحَالِ أَوْ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي فَصَارَ كَمَبِيعِ الجَحْشِ وَالمُهْرِ، وَذَكَرَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ وَشَيْخُ الإِسْلامِ خُوَاهَرْ زَادَهْ أَنَّ **البَيْعَ قَبْلَ أَنْ يُنْتَفَعَ بِهِ** لا يَجُوزُ لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاحُهُ، وَلأَنَّ البَيْعَ يَخْتَصُّ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ، وَالثَّمَرُ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلاحِ لَيْسَ كَذَلِكَ.

قَالَ الشَّيْخُ: وَالأَوَّلُ أَصَحُّ: يَعْنِي رِوَايَةً وَدِرَايَةً، أَمَّا الأَوَّلُ فَلِمَا أَشَارَ إِلَيْهِ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ فِي بَابِ العُشْرِ، وَلَوْ بَاعَ **الثِّمَارَ فِي أَوَّلِ مَا تَطْلُعُ وَتَرَكَهَا بِإِذْنِ البَائِعِ حَتَّى أَدْرَكَ** فَالعُشْرُ عَلَى المُشْتَرِي، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ الشِّرَاءُ جَائِزًا فِي أَوَّلِ مَا تَطْلُعُ لَمَا وَجَبَ العُشْرُ عَلَى المُشْتَرِي، وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَنَفْيُ جَوَازِهِ مُفْضٍ إِلَى نَفْيِ جَوَازِ بَيْعِ المُهْرِ وَالجَحْشِ وَهُوَ ثَابِتٌ بِالاتِّفَاقِ، وَالجَوَابُ عَنْ الحَدِيثِ أَنَّ تَأْوِيلَهُ إِذَا بَاعَهُ بِشَرْطِ التَّرْكِ أَوْ أَنَّ المُرَادَ بِهِ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِهَا سَلَمًا بِدَلِيلِ قَوْلِهِ ﷺ «**أَرَأَيْت لَوْ**

أَذْهَبَ اللهُ الثَّمَرَةَ بِمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟».

وَإِنَّمَا يُتَوَهَّمُ هَذَا إِذَا اشْتَرَى بِشَرْطِ التَّرْكِ إِلَى أَنْ يَبْدُوَ صَلاحُهَا أَوْ بِطَرِيقِ السَّلَمِ، وَإِذَا جَازَ الْبَيْعُ وَجَبَ عَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُهَا فِي الْحَالِ تَفْرِيغًا لِمِلْكِ الْبَائِعِ. قَوْلُهُ (وَهَذَا) إِشَارَةٌ إِلَى الْجَوَازِ: أَيْ الْجَوَازِ إِذَا (اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا أَوْ بِشَرْطِ الْقَطْعِ) أَمَّا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْته عَلَى أَنِّي أَتْرُكُهُ عَلَى النَّخْلِ فَقَدْ فَسَدَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْبَيْعِ يَقْتَضِي تَسْلِيمَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَهُوَ وَشَرْطُ الْقَطْعِ سَوَاءٌ فَكَانَ تَرْكُهَا عَلَى النَّخِيلِ شُغْلَ مِلْكِ الْغَيْرِ، أَوْ أَنَّ فِي هَذَا الْبَيْعِ صَفْقَةً فِي صَفْقَةٍ لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ فِي بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٌ فِيهِ، لِأَنَّ تَرْكَهَا عَلَى النَّخْلِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِأَجْرٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَالثَّانِي إِعَارَةٌ وَالْأَوَّلُ إِجَارَةٌ وَذَلِكَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَفِيهِ تَأَمُّلٌ لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ صَفْقَةً أَنْ لَوْ جَازَتْ إِعَارَةُ الْأَشْجَارِ أَوْ إِجَارَتُهَا وَلَيْسَ كَذَلِكَ، نَعَمْ هُوَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا بَاعَ الزَّرْعَ بِشَرْطِ التَّرْكِ، فَإِنَّ إِعَارَتَهَا وَإِجَارَتَهَا جَائِزَةٌ فَيَلْزَمُ صَفْقَةٌ فِي صَفْقَةٍ، هَذَا إِذَا كَانَتْ الثَّمَرَةُ لَمْ تَتَنَاهَ فِي عِظَمِهَا وَأَمَّا إِذَا تَنَاهَى عِظَمُهَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّ شَرْطَ التَّرْكِ مِمَّا لا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ، وَأَمَّا مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ فَقَدْ اسْتَحْسَنَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

وَقَالَ: لا يَفْسُدُ الْبَيْعُ لِتَعَارُفِ النَّاسِ بِذَلِكَ، بِخِلافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُهَا لِأَنَّهُ شُرِطَ فِيهِ الْجُزْءُ الْمَعْدُومُ وَهُوَ الَّذِي يَزِيدُ لِمَعْنًى فِي الْأَرْضِ أَوْ الشَّجَرِ. وَالْجَوَابُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّ التَّعَامُلَ جَرَى فِي اشْتِرَاطِ التَّرْكِ وَلَكِنَّ الْمُعْتَادَ فِي مِثْلِهِ الْإِذْنُ فِي تَرْكِهِ بِلا شَرْطٍ فِي الْعَقْدِ، وَلَوْ **اشْتَرَى الثَّمَرَةَ الَّتِي لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُهَا وَلَمْ يَشْتَرِطْ التَّرْكَ وَتَرَكَهَا**.

فَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ بِأَنْ يُقَوَّمَ ذَلِكَ قَبْلَ الْإِدْرَاكِ وَيُقَوَّمَ بَعْدَهُ وَيَتَصَدَّقَ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، لِأَنَّ مَا زَادَ حَصَلَ بِجِهَةٍ مَحْظُورَةٍ وَهِيَ حُصُولُهَا بِقُوَّةِ الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ.

وَإِذَا تَرَكَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ بَعْدَمَا تَنَاهَى لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ لِأَنَّ هَذَا تَغَيُّرُ حَالَةٍ مِنْ النِّيءِ إِلَى النُّضْجِ لا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ فِي الْجِسْمِ، فَإِنَّ الثَّمَرَةَ إِذَا صَارَتْ بِهَذِهِ الْمَثَابَةِ لا يَزْدَادُ فِيهَا مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ شَيْءٌ، بَلْ الشَّمْسُ تُنْضِجُهَا وَالْقَمَرُ يُلَوِّنُهَا وَالْكَوَاكِبُ تُعْطِيهَا الطَّعْمَ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا عَنْ التَّرْكِ وَالْقَطْعِ وَتَرَكَهَا عَلَى النَّخِيلِ بِاسْتِئْجَارِ

النَّخيل إلى وَقْتِ الإِدْرَاكِ طَابَ لهُ الفَضْلُ لبُطْلانِ إجارَةِ النَّخيل لعَدَمِ التَّعَارُف، فَإِنَّ التَّعَارُفَ لَمْ يَجْرِ فيمَا بَيْنَ النَّاسِ باسْتِئْجَارِ الأَشْجَارِ، ولعَدَمِ الحَاجَة إلى ذَلكَ لأَنَّ الحَاجَةَ إلى التَّرْكِ بالإِجَارَةِ إِنَّمَا تَتَحقَّقُ إذَا لَمْ يَكُنْ مُخلصٌ سواهَا، وَهَاهُنَا يُمْكِنُ للمُشْتَرِي أَنْ يَشْتَرِيَ الثِّمَارَ مَعَ أُصُولهَا عَلى مَا سَنَذْكُرُهُ.

وَإِذَا بَطَلتْ الإجَارَةُ بَقِيَ الإِذْنُ مُعْتَبَرًا فَيَطِيبُ لهُ الفَضْلُ فَإِنْ قِيل: لا نُسَلمُ بَقَاءَ الإِذْنِ فَإِنْ ثَبَتَ فِي ضِمْنِ الإجَارَةِ، وَفِي بُطْلانِ المُتَضَمَّنِ بُطْلانُ المُتَضَمِّنِ كَالوَكَالة الثَّانِيَةِ فِي ضِمْنِ الرَّهْنِ تَبْطُلُ ببُطْلانِ الرَّهْنِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ البَاطِل مَعْدُومٌ لأَنَّهُ هُوَ الذي لا تَحَقُّقَ لهُ أَصْلا وَلا وَصْفًا شَرْعًا عَلى مَا عُرِفَ، وَالمَعْدُومُ لا يَتَضَمَّنُ شَيْئًا حَتَّى يَبْطُل ببُطْلانه، بَل كَانَ ذَلكَ الكَلامُ ابْتدَاءً عبَارَةً عَنْ الإِذْنِ فَكَانَ مُعْتَبَرًا، بخلافِ مَا إذَا **اشْتَرَى الزَّرْعَ وَاسْتَأْجَرَ الأَرْضَ إلى أَنْ يُدْرِكَ الزَّرْعُ وَتَرَكَهُ** حَيْثُ لا يَطِيبُ لهُ الفَضْلُ لأَنَّ الإِجَارَةَ فَاسدَةٌ لجَهَالةِ وَقْتِ الزَّرْعِ، فَإِنَّ الإِدْرَاكَ قَدْ يَتَقَدَّمُ لشدَّة الحَرِّ وَقَدْ يَتَأَخَّرُ للبَرْد.

وَالفَاسدُ مَا لهُ تَحَقُّقٌ منْ حَيْثُ الأَصْلُ فَأَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ مُتَضَمِّنًا لشَيْءٍ وَيَفْسُدُ ذَلكَ الشَّيْءُ لفَسَاد المُتَضَمِّنِ، وَإِذَا انْتَفَى الإِذْنُ كَانَ الفَضْلُ خَبيثًا وَسَبيلُهُ التَّصَدُّقُ. وَلوْ **اشْتَرَى الثِّمَارَ مُطْلَقًا عَنْ القَطْعِ وَالتَّرْكِ عَلى النَّخيل وَتَرَكَهَا وَأَثْمَرَتْ مُدَّةَ التَّرْكِ ثَمَرَةً أُخْرَى** فَإِنْ كَانَ قَبْل القَبْضِ: يَعْنِي قَبْل تَخْليَة البَائعِ بَيْنَ المُشْتَرِي وَالثِّمَارِ فَسَدَ البَيْعُ لأَنَّهُ لا يُمْكِنُ تَسْليمُ المَبيعِ لتَعذُّرِ التَّمْيِيزِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ القَبْضِ لَمْ يَفْسُدْ البَيْعُ لأَنَّ التَّسْليمَ قَدْ وُجدَ وَحَدَثَ ملكٌ للبَائعِ وَاخْتَلطَ بملك المُشْتَرِي فَيَشْتَركَان فيه للاخْتلاط.

وَالقَوْلُ فِي مقْدَارِ الزَّائد قَوْلُ المُشْتَرِي لأَنَّ المَبيعَ فِي يَده فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهدًا لهُ هَذَا ظَاهرُ المَذْهَب، وَكَانَ شَمْسُ الأَئمَّة الحَلوَانيُّ يُفْتِي بجَوَازه وَيَزْعُمُ أَنَّهُ مَرْويٌّ عَنْ أَصْحَابنَا، وَحُكِيَ عَنْ الشَّيْخِ الإِمَامِ الجَليل أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّد بْنِ الفَضْل البُخَاريِّ رَحمَهُ اللهُ أَنَّهُ كَانَ يُفْتِي بجَوَازه وَيَقُولُ اجْعَل المَوْجُودَ أَصْلا وَمَا يَحْدُثُ بَعْدَ ذَلكَ تَبَعًا، وَلهَذَا شُرِطَ أَنْ يَكُونَ الخَارجُ أَكْثَرَ.

وَلو اشتَرَاهَا مُطلقًا فَأَثمَرَت ثَمَرًا آخرَ قَبل القَبضِ فَسَدَ البَيعُ؛ لأَنَّهُ لا يُمكنُهُ تَسليمُ المَبِيعِ لتَعذُّرِ التَّمييزِ. وَلو أَثمَرَت بَعدَ القَبضِ يَشتَرِكَانِ فِيهِ للاختِلاطِ، وَالقَولُ

قَولُ المُشتَرِي فِي مِقدَارِهِ؛ لأَنَّهُ فِي يَدِهِ، وَكَذَا فِي البَاذِنجَانِ وَالبِطِّيخِ، وَالمَخلص أَن يَشتَرِيَ الأَصُول لتَحصُل الزِّيَادَةُ عَلى مِلكِهِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَكَذَا فِي البَاذنْجَان وَالبطِّيخِ) **يَعْنِي أَنَّ البَيْعَ لا يَجُوزُ إِذَا حَدَثَ شَيْءٌ قَبْل القَبْضِ وَإِذَا حَدَثَ بَعْدَهُ يَشْتَرِكَان** (وَالمُخَلص) أَيْ الحيلةُ فِي جَوَازِه فِيمَا إِذَا حَدَثَ قَبْل القَبْضِ أَنْ يَشْتَرِيَ الأُصُول لتَحْصُل الزِّيَادَةُ عَلى ملكه، وَلَهَذَا قَال شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ: إِنَّمَا يَجُوزُ بجَعْل المَوْجُود أَصْلا وَالحَادث تَبَعًا إِذَا كَانَ ثَمَّةَ ضَرُورَةٌ، وَلا ضَرُورَةَ هَاهُنَا لانْدفَاعهَا ببَيْع الأُصُول.

قَال (وَلا يَجُوزُ أَن يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَستَثنِيَ مِنهَا، أَرطَالا مَعلُومَةً) خِلافًا لِمَالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأَنَّ البَاقِيَ بَعدَ الاستِثنَاءِ مَجهُولٌ. بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ وَاستَثنَى نَخلا مُعَيَّنًا؛ لأَنَّ البَاقِيَ مَعلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ. قَال ﷺ: قَالُوا هَذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ وَهُوَ قَولُ الطَّحَاوِيِّ؛ أَمَّا عَلى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَنبَغِي أَن يَجُوزَ؛ لأَنَّ الأَصل أَنَّ مَا يَجُوزُ إِيرَادُ العَقدِ عَلَيهِ بِانفِرَادِهِ يَجُوزُ استِثنَاؤُهُ مِن العَقدِ، وَبَيعُ قَفِيزٍ مِن صُبرَةٍ جَائِزٌ فَكَذَا استِثنَاؤُهُ، بِخِلافِ استِثنَاءِ الحمل وَأَطرَافِ الحَيَوَانِ؛ لأَنَّهُ لا يَجُوزُ بَيعُهُ، فَكَذَا استِثنَاؤُهُ.

الشرح:

(قَال وَلا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً) إِذَا بَاعَ ثَمَرَةً (وَاسْتَثْنَى مِنْهَا أَرْطَالا مَعْلُومَةً لَمْ يَجُزْ خلافًا لمَالك) وَلَمْ يُبَيِّنْ أَنَّ مُرَادَهُ الثَّمَرَةُ عَلى رُءُوسِ النَّخيل أَوْ ثَمَرَةٌ مَجْذُوذَةٌ، وَذُكرَ فِي بَعْضِ فَوَائد هَذَا الكتَاب أَنَّ مُرَادَهُ مَا كَانَ عَلى النَّخيل. وَأَمَّا بَيْعُ المَجْذُوذ فَجَائِزٌ، وَهُوَ مُخَالفٌ لمَا ذُكرَ فِي شرح: الطَّحَاوِيِّ فَإِنَّهُ قَال: إِذَا بَاعَ الثَّمَرَ عَلى رُءُوسِ النَّخيل إِلا صَاعًا مِنْهَا يَجُوزُ البَيْعُ لأَنَّ المُسْتَثْنَى مَعْلُومٌ، كَمَا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ مَجْذُوذًا مَوْضُوعًا عَلى الأَرْضِ فَبَاعَ الكُل إِلا صَاعًا يَجُوزُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلى أَنَّ الحُكْمَ فِيهِمَا سَوَاءٌ.

وَاسْتَدَل بقَوْله (لأَنَّ البَاقيَ بَعْدَ الاسْتِثْنَاءِ مَجْهُولٌ) وَالمَجْهُولُ لا يَردُ عَلَيْه العَقْدُ، وَهَذَا يَدُلُّ أَيْضًا عَلى أَنَّ الحُكْمَ فِيهِمَا سَوَاءٌ بخلاف مَا إِذَا اسْتَثْنَى نَخْلا مُعَيَّنًا لأَنَّ البَاقِيَ مَعْلُومٌ بِالمُشَاهَدَة) كَمْ هِيَ نَخْلةً، قَال المُصَنِّفُ (قَالُوا هَذه رِوَايَةُ الحَسَنِ وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ) وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ الجَهَالةَ المَانِعَةَ مِنْ الجَوَازِ مَا كَانَتْ مُفْضِيَةً إِلى النِّزَاعِ، وَهَذه

لَيْسَتْ كَذَلِكَ لِتَرَاضِيهِمَا بِذَلِكَ فَلا تَكُونُ مَانِعَةً. وَأُجِيبَ بِأَنَّا لا نُسَلِّمُ أَنَّهَا لَيْسَتْ كَذَلِكَ فَرُبَّمَا كَانَ البَائِعُ يَطْلُبُ صَاعًا مِنْ الثَّمرِ أَحْسَنَ مَا يَكُونُ وَالْمُشْتَرِي يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَا هُوَ أَرَادَ الثَّمرَ فَيُفْضِي إِلَى النِّزَاعِ.

سَلَمْنَا ذَلِكَ لَكِنْ بِجَوَازِ تَرَاضِيهِمَا عَلَى شَيْءٍ مِنْهُ قَدْ لا يَكُونُ الثَّمرُ إِلا قَدْرَ الْمُسْتَثْنَى فَيَخْلُو العَقْدُ عَنْ الفَائِدَةِ فَلا يَصِحُّ، كَمَا لا يَصِحُّ مِثْلُهُ فِي الْمُضَارَبَةِ بِهَذَا الْمَعْنَى، وَعَنْ هَذَا قَال بَعْضُ الشَّارِحِينَ يُشِيرُ إِلَى هَذَا قَوْلُهُ أَرْطَالا مَعْلُومَةً. وَرُدَّ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمُسْتَثْنَى صَاعًا وَاحِدًا أَوْ رِطْلا وَاحِدًا فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ، وَبِأَنَّهُ لا يَخْلُو إِمَّا أَنَّهُ بَقِيَ شَيْءٌ بَعْدَ الاسْتِثْنَاءِ أَوْ لا، وَكُلٌّ مِنْ التَّقْدِيرَيْنِ يَقْتَضِي صِحَّةَ العَقْدِ.

أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ البَاقِيَ بَعْدَ الاسْتِثْنَاءِ مَعْلُومٌ لِكَوْنِ الْمُسْتَثْنَى مَعْلُومًا، سَلَمْنَا أَنَّ البَاقِيَ غَيْرُ مَعْلُومٍ وَزْنًا لَكِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ إِلا إِذَا بَاعَ مُوَازَنَةً وَلَيْسَ الفَرْضُ ذَلِكَ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ البَيْعُ فِي البَاقِي مُجَازَفَةً وَهُوَ مَعْلُومٌ مُشَاهَدَةً. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّهُ يَكُونُ حِينَئِذٍ اسْتِثْنَاءَ الكُلِ مِنْ الكُلِ فَيَبْطُلُ الاسْتِثْنَاءُ وَيَجُوزُ البَيْعُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا بِاعْتِبَارِ الْمَآلِ، وَأَمَّا فِي الْحَالِ فَلا يُعْرَفُ هَل يَبْقَى بَعْدَ الاسْتِثْنَاءِ شَيْءٌ أَوْ لا فَصَارَ مَجْهُولا، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهَا لَيْسَتْ مُفْضِيَةً إِلَى النِّزَاعِ فَهُوَ أَوَّلُ الْمَسْأَلَةِ.

ثُمَّ قَال الْمُصَنِّفُ (أَمَّا عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ) يُرِيدُ بِهِ عَلَى قِيَاسِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، فَإِنَّ حُكْمَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لَمْ يُذْكَرْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ صَرِيحًا وَلِهَذَا قَال: يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ لأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ مَا يَجُوزُ إِيرَادُ العَقْدِ عَلَيْهِ بِانْفِرَادِهِ يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْ العَقْدِ **وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ** جَائِزٌ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ، وَيَنْعَكِسُ إِلَى أَنَّ مَا لا يَجُوزُ إِيرَادُ العَقْدِ عَلَيْهِ بِانْفِرَادِهِ لا يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَفِي **بَيْعِ أَطْرَافِ الْحَيَوَانِ فِيهِ وَحَمْلِهِ** لا يَرِدُ عَلَيْهِ العَقْدُ بِانْفِرَادِهِ فَكَذَا لا يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَهَذَا لأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَثْنَى مَقْصُودًا مَعْلُومًا.

وَإِفْرَادُ العَقْدِ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَقْصُودًا مَعْلُومًا فَتَشَارَكَا فِي القَصْدِ وَالعِلْمِ، فَمَا جَازَ أَنْ يَقَعَ مَعْقُودًا عَلَيْهِ بِانْفِرَادِهِ جَازَ أَنْ يُسْتَثْنَى وَبِالعَكْسِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ **قَال بِعْتُك هَذِهِ الصُّبْرَةَ بِكَذَا إِلا قَفِيزًا مِنْهَا بِدِرْهَمٍ** صَحَّ فِي جَمِيعِ الصُّبْرَةِ إِلا فِي قَفِيزٍ لأَنَّهُ اسْتَثْنَى مَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالعَقْدِ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا لوْ قَال **بِعْتُك هَذَا القَطِيعَ مِنْ الغَنَمِ إلا شَاةً مِنْهَا بِغَيْرِ عَيْنِهَا بِمائَة دِرْهَمٍ** فَلا يَجُوزُ لأَنَّهُ اسْتَثْنَى مَا لا يَجُوزُ إفْرَادُ العَقْد عَلَيْه، وَلوْ قَال إلا هَذه الشَّاةَ بعَيْنهَا جَازَ لأَنَّهُ يَجُوزُ إفْرَادُ العَقْد عَليْه فَيَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَكَذَا الحُكْمُ فِي جَمِيعِ العَدَديَّات المُتَفَاوِتَة كَالثِّيَاب وَالعَبِيد، بِخلاف الكَيْلِيِّ وَالوَزْنِيِّ وَالعَدَدِيِّ المُتَقَارِبِ فَإِنَّ اسْتِثْنَاءَ قَدْرٍ مِنْهُ وَإِيرَادَ العَقْد عَلَيْه جَائِزٌ لأَنَّ الجَهَالةَ لا تُفْضِي إلى المُنَازَعَة.

قِيل مَا الفَرْقُ بَيْنَ قَوْله **بعْتُك هَذَا القَطِيعَ منْ الغَنَمِ إلا هَذه الشَّاةَ بعَيْنهَا بمائَة درْهَمٍ** فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَبَيْنَ قَوْله **بعْتُك هَذَا القَطِيعَ مِنْ الغَنَمِ كُلهُ عَلى أَنَّ لِي هَذه الشَّاةَ الوَاحِدَةَ منْهُ بِعَيْنِهَا** فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ مَعَ أَنَّهُ قَدْ اسْتَثْنَى الشَّاةَ المُعَيَّنَةَ مِنْ القَطِيعِ مَعْنًى. وَأُجِيبَ بِأَنَّ فِي الاسْتِثْنَاءِ المُسْتَثْنَى لبَيَان أَنَّهُ لمْ يَدْخُل فِي المُسْتَثْنَى مِنْهُ لأَنَّهُ لمْ يَدْخُل كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُول فَلمْ يَكُنْ إفْرَادُهَا إخْرَاجًا بِحصَّتهَا مِنْ الثَّمَنِ فَلا جَهَالةَ فيه.

وَأَمَّا فِي الشَّرْط فَلأَنَّ الشَّاةَ دَخَلتْ أَوَّلا فِي الجُمْلة ثُمَّ خَرَجَتْ بِحصَّتهَا مِنْ الثَّمَنِ وَهِيَ مَجْهُولةٌ فَيَفْسُدُ البَيْعُ فِي الكُل، وَنَظِيرُهُ مَا لوْ قَال **بعْتُك هَذَا العَبْدَ إلا عُشْرَهُ** فَإِنَّهُ صَحِيحٌ فِي تِسْعَة أَعْشَارِه، وَلوْ قَال عَلى أَنَّ لِي عُشْرَهُ لمْ يَصِحَّ. قِيل وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: سَلمْنَا أَنَّ إيرَادَ العَقْد عَلى الأَرْطَال المَعْلُومَة وَاسْتِثْنَاءَهَا جَائِزٌ لكنْ لا نُسَلمُ جَوَازَ بَيْعِ البَاقِي وَهُوَ مَجْهُولٌ. وَالجَوَابُ أَنَّا لا نُسَلمُ أَنَّ البَاقِيَ مَجْهُولٌ لمَا ذَكَرْنَا أَنَّ المُسْتَثْنَى إذَا كَانَ مَعْلُومًا لمْ تَسْرِ مِنْهُ جَهَالةٌ إلى المُسْتَثْنَى مِنْهُ إلا بِحَسَبِ الوَزْن فَيَكُونُ البَيْعُ فِي البَاقِي مُجَازَفَةً وَهِيَ لا تَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَة مقْدَارِ المَبِيعِ.

(وَيَجُوزُ بَيعُ الحِنطَةِ فِي سُنبُلِهَا وَالبَاقِلاءِ فِي قِشرِهِ) وَكَذَا الأرزُ وَالسِّمسِمُ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ بَيعُ البَاقِلاءِ الأخضَر، وَكَذَا الجَوزُ وَاللوزُ وَالفُستُقُ فِي قِشرِهِ الأوَّل عِندَهُ. وَلهُ فِي بَيعِ السُّنبُلةِ قَولانِ، وَعِندَنَا يَجُوزُ ذَلكَ كُلُّهُ. لهُ أنَّ المَعقُودَ عَليهِ مَستُورٌ بِمَا لا مَنفَعَةَ لهُ فِيهِ فَأشبَهَ تُرَابَ الصَّاغَةِ إذَا بِيعَ بِجِنسِهِ.

وَلنَا مَا رُوِيَ عَن النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أنَّهُ نَهَى عَن بَيعِ النَّخل حَتَّى يَزهُوَ، وَعَن بَيعِ السُّنبُل حَتَّى يَبيَضَّ وَيَأمَنَ العَاهَةَ»؛ وَلأنَّهُ حَبٌّ مُنتَفَعٌ بِهِ فَيَجُوزُ بَيعُهُ فِي سُنبُلِهِ كَالشَّعِيرِ وَالجَامِعُ كَونُهُ مَالا مُتَقَوِّمًا، بِخِلافِ تُرَابِ الصَّاغَةِ؛ لأنَّهُ إنَّمَا لا يَجُوزُ بَيعُهُ

بِجِنسِهِ لاحتِمَال الرِّبَا، حَتَّى لو بَاعَهُ بِخِلافِ جِنسِهِ جَازَ، وَفِي مَسأَلتِنَا لو بَاعَهُ بِجِنسِهِ لا يَجُوزُ أَيضًا لشُبهَةِ الرِّبَا؛ لأَنَّهُ لا يَدرِي قَدرَ مَا فِي السَّنَابِل.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا) **بَيْعُ الشَّيْءِ فِي غلافه** لا يَجُوزُ إلا بَيْعَ الحُبُوبِ كَالحِنْطَةِ وَالبَاقِلاءِ (وَالأُرْزِ وَالسِّمْسِمِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ **بَيْعُ البَاقِلاءِ الأَخْضَرِ وَالجَوْزِ وَاللوْزِ وَالفُسْتُقِ فِي قِشْرِهِ** فِي قَوْلِهِ الأَوَّلِ) وَكَذَا بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي قَوْلِهِ الجَدِيدِ، وَاسْتَدَل بِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَسْتُورٌ بِمَا لا مَنْفَعَةَ لهُ، وَالعَقْدُ فِي مِثْلِهِ لا يَصِحُّ كَمَا إذَا **بِيعَ تُرَابُ الصَّاغَةِ بِمِثْلِهِ.**

وَلنَا مَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ ﷺمَا عَنْ النَّبِيِّ ﷺ " أَنَّهُ «نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهُوَ، وَعَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ العَاهَةَ»، وَحُكْمُ مَا بَعْدَ الغَايَةِ خِلافُ حُكْمِ مَا قَبْلهَا. وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ اسْتِدْلالٌ بِمَفْهُومِ الغَايَةِ وَالأَوْلى أَنْ يُسْتَدَل بِقَوْلِهِ نَهَى فَإِنَّ النَّهْيَ يَقْتَضِي المَشْرُوعِيَّةَ كَمَا عُرِفَ (قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ) كَأَنَّهُ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ مَسْتُورٌ بِمَا لا مَنْفَعَةَ لهُ. وَتَقْرِيرُهُ: لا نُسَلمُ أَنَّهُ لا مَنْفَعَةَ فِيهِ بَل هُوَ أَيْ المَبِيعُ بِقِشْرِهِ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ، وَمَنْ أَكَل الفُولِيَّةَ شَهِدَ بِذَلكَ وَأَنَّ الحُبُوبَ المَذْكُورَةَ تُدَّخَرُ فِي قِشْرِهَا.

قَال اللهُ تَعَالى ﴿فَذَرُوهُ فِي سُنۢبُلِهِۦٓ﴾ [يوسف: ٤٧] وَهُوَ انْتِفَاعٌ لا مَحَالةَ. فَجَازَ البَيْعُ كَبَيْعِ الشَّعِيرِ بِجَامِعِ كَوْنِهِمَا مَاليْنِ مُتَقَوِّمَيْنِ يُنْتَفَعُ بِهِمَا. وَبَيْعُ تُرَابِ الصَّاغَةِ إنَّمَا لا يَجُوزُ إذَا بِيعَ بِجِنْسِهِ لاحْتِمَال الرِّبَا حَتَّى إذَا بِيعَ بِخِلافِ جِنْسِهِ جَازَ. وَفِي مَسْأَلتِنَا لوْ بِيعَ بِجِنْسِهِ لا يَجُوزُ أَيْضًا لشُبْهَةِ الرِّبَا لجَهَالةِ قَدْرِ مَا فِي السُّنْبُلةِ. فَإِنْ قِيل مَا الفَرْقُ بَيْنَ مَسْأَلتِنَا وَبَيْنَ مَا إذَا بَاعَ **حَبَّ قُطْنٍ فِي قُطْنٍ بِعَيْنِهِ أَوْ نَوَى تَمْرٍ فِي تَمْرٍ بِعَيْنِهِ** وَهُمَا سِيَّانِ فِي كَوْنِ المَبِيعِ مُغْلفًا؟

أُجِيبَ بِأَنَّ الغَالبَ فِي السُّنْبُلةِ الحِنْطَةُ، يُقَالُ هَذِهِ حِنْطَةٌ وَهِيَ فِي سُنْبُلهَا وَلا يُقَالُ هَذَا حَبٌّ وَهُوَ فِي القُطْنِ، وَإِنَّمَا يُقَالُ هَذَا قُطْنٌ وَكَذَلكَ فِي التَّمْرِ إليْهِ أَشَارَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ.

(وَمَن بَاعَ دَارًا دَخَل فِي البَيعِ مَفَاتِيحُ إغلاقِهَا)؛ لأَنَّهُ يَدخُلُ فِيهِ الإغلاقُ؛ لأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا للبَقَاءِ وَالمِفتَاحُ يَدخُلُ فِي بَيعِ الغَلقِ مِن غَيرِ تَسمِيَةٍ؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلةِ بَعضٍ مِنهُ

إذ لا يُنتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ دَارًا إلخْ) الإِغْلاقُ جَمْعُ غَلَقٍ بِفَتْحِ اللامِ وَهُوَ مَا يُغْلَقُ وَيُفْتَحُ بِالمِفْتَاحِ إذَا بَاعَ دَارًا دَخَل فِي البَيْعِ إغْلاقُهَا بِنَاءً عَلى مَا تَقَدَّمَ أَنَّ مَا كَانَ مَوْضُوعًا فيه لِلقَرَارِ كَانَ دَاخِلا، وَالإِغْلاقُ كَذَلِكَ لأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا لِلبَقَاءِ، وَ**المِفْتَاحُ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الغَلَقِ** بِلا تَسْمِيَةٍ لأَنَّهُ كَالجُزْءِ مِنْهُ إذْ لا يُنْتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ، وَالدَّاخِلُ فِي الدَّاخِلِ فِي الشَّيْءِ دَاخِلٌ فِي ذَلِكَ الشَّيْءِ.

فَإِنْ قِيل: عَدَمُ الانْتِفَاعِ بِدُونِ شَيْءٍ لا يَسْتَلزِمُ دُخُولهُ فِي بَيْعِهِ فَإِنَّ الانْتِفَاعَ بِالدَّارِ لا يُمْكِنُ إلا بِطَرِيقٍ وَلا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الدَّارِ. فَالجَوَابُ أَنَّ الدَّاخِل فِي الدَّاخِلِ فِي الشَّيْءِ دَاخِلٌ لا مَحَالةَ، وَقَوْلُهُ الانْتِفَاعُ بِالدَّارِ لا يُمْكِنُ إلا بِالطَّرِيقِ قُلنَا: الانْتِفَاعُ بِهَا لا يُمْكِنُ إلا بِالطَّرِيقِ مُطْلقًا أَوْ مِنْ حَيْثُ السُّكْنَى، وَالأَوَّلُ مَمْنُوعٌ فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُ المُشْتَرِي أَخْذَ الشُّفْعَةِ بِسَبَبِ مِلكِ الدَّارِ وَهُوَ انْتِفَاعٌ بِهَا لا مَحَالةَ، وَالثَّانِي مُسَلمٌ وَلِهَذَا دَخَل الطَّرِيقُ فِي الإِجَارَةِ وَلكِنْ ليْسَ الكَلامُ فِي ذَلكَ، وَالقُفْلُ وَمِفْتَاحُهُ لا يَدْخُلانِ وَالسُّلمُ إنْ اتَّصَل بِالبِنَاءِ مِنْ خَشَبٍ كَانَ أَوْ حَجَرٍ يَدْخُلُ، وَإِنْ لمْ يَتَّصِل لا يَدْخُلُ.

قَال (وَأجرَةُ الكَيَّال وَنَاقِدِ الثَّمَنِ عَلى البَائِعِ) أَمَّا الكَيلُ فَلا بُدَّ مِنهُ للتَّسليمِ وَهُوَ عَلى البَائِعِ وَمَعنَى هَذَا إذَا بِيعَ مُكَايَلةً، وَكَذَا أُجرَةُ الوَزَّانِ وَالزَّرَّاعِ وَالعَدَّادِ، وَأَمَّا النَّقدُ فَالمَذكُورُ رِوَايَةُ ابنِ رُستُمَ عَن مُحَمَّدٍ؛ لأَنَّ النَّقدَ يَكُونُ بَعدَ التَّسليمِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ يَكُونُ بَعدَ الوَزنِ وَالبَائِعُ هُوَ المُحتَاجُ إليهِ ليُمَيِّزَ مَا تَعَلقَ بِهِ حَقُّهُ مِن غَيرِهِ أَو ليَعرِفَ المَعِيبَ ليَرُدَّهُ. وَفِي رِوَايَةِ ابنِ سِمَاعَةَ عَنهُ عَلى المُشتَرِي.

لأَنَّهُ يَحتَاجُ إلى تَسليمِ الجَيِّدِ المُقَدَّرِ، وَالجُودَةُ تُعرَفُ بِالنَّقدِ كَمَا يُعرَفُ القَدرُ بِالوَزنِ فَيَكُونُ عَليهِ. قَال (وَأجرَةُ وَزَّانِ الثَّمَنِ عَلى المُشتَرِي) لمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ هُوَ المُحتَاجُ إلى تَسليمِ الثَّمَنِ وَبِالوَزنِ يَتَحَقَّقُ التَّسليمُ.

الشرح:

قَال: وَأُجْرَةُ الكَيَّال وَنَاقِدُ الثَّمَنِ إذَا بَاعَ المَكِيل مُكَايَلةً أَوْ المَوْزُونَ مُوَازَنَةً أَوْ

المَعْدُودَ عَدَدًا وَاحْتَاجَ إلى أُجْرَةِ الكَيَّالِ وَالوَزَّانِ وَالعَدَّادِ فَهِيَ عَلى البَائِعِ لأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ وَهُوَ لا يَحْصُلُ إلا بِهَذِهِ الأَفْعَالِ وَمَا لا يَتِمُّ الوَاجِبُ إلا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ. وَأَمَّا أُجْرَةُ نَاقِدِ الثَّمَنِ فَفِي رِوَايَةِ ابْنِ رُسْتُمَ عَنْ مُحَمَّدٍ هِيَ عَلى البَائِعِ، وَهُوَ المَذْكُورُ فِي المُخْتَصَرِ، وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْهُ عَلى المُشْتَرِي. وَجْهُ الأُولى أَنَّ النَّقْدَ يَكُونُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ لأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الوَزْنِ وَبِهِ يَحْصُلُ التَّسْلِيمُ وَالبَائِعُ هُوَ المُحْتَاجُ إلى النَّقْدِ لِتَمْيِيزِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِهِ أَوْ يَعْرِفُ المَعِيبَ لِيَرُدَّهُ. وَوَجْهُ الثَّانِيَةِ أَنَّ المُشْتَرِيَ هُوَ المُحْتَاجُ إلى تَسْلِيمِ الجَيِّدِ المُقَدَّرِ، وَالجَوْدَةُ تُعْرَفُ بِالنَّقْدِ كَمَا يُعْرَفُ القَدْرُ بِالوَزْنِ، وَبِهِ كَانَ يُفْتِي الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَأُجْرَةُ وَزْنِ الثَّمَنِ عَلى المُشْتَرِي لأَنَّهُ المُحْتَاجُ إلى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَبِالوَزْنِ يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ.

قَال (وَمَن بَاعَ سِلعَةً بِثَمَنٍ قِيل للمُشتَرِي ادفَع الثَّمَنَ أَوَّلا)؛ لأَنَّ حَقَّ المُشتَرِي تَعَيَّنَ فِي المَبِيعِ فَيُقَدَّمُ دَفعُ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ البَائِعِ بِالقَبضِ لِمَا أَنَّهُ لا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ تَحقِيقًا لِلمُسَاوَاةِ.

قَال (وَمَن بَاعَ سِلعَةً بِسِلعَةٍ أَو ثَمَنًا بِثَمَنٍ قِيل لَهُمَا سَلِّمَا مَعًا) لاستِوَائِهِمَا فِي التَّعَيُّنِ فَلا حَاجَةَ إلى تَقدِيمِ أَحَدِهِمَا فِي الدَّفعِ.

الشرح:

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ سِلعَةً) بَيْعُ السِّلْعَةِ مُعَجَّلا إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِثَمَنٍ أَوْ بِسِلْعَةٍ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ يُقَالُ لِلمُشْتَرِي ادْفَعْ الثَّمَنَ أَوَّلا لأَنَّ حَقَّ المُشْتَرِي تَعَيَّنَ فِي المَبِيعِ فَيُقَدَّمُ دَفْعُ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ البَائِعِ بِالقَبْضِ لِكَوْنِهِ مِمَّا لا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعَيُّنِ تَحْقِيقًا لِلمُسَاوَاةِ فِي تَعَيُّنِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَفِي المَالِيَّةِ أَيْضًا لأَنَّ الدَّيْنَ أَنْقَصُ مِنْ العَيْنِ، وَعَلى هَذَا إِذَا **كَانَ المَبِيعُ غَائِبًا عَنْ حَضْرَتِهِمَا فَلِلمُشْتَرِي أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ** حَتَّى يُحْضَرَ المَبِيعُ لِيَتَمَكَّنَ مِنْ قَبْضِهِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يُقَالُ لَهُمَا سَلِّمَا لاسْتِوَائِهِمَا فِي التَّعْيِينِ فَلا يُحْتَاجُ إلى تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا بِالدَّفْعِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ خِيَارِ الشَّرطِ

قَال: (خِيَارُ الشَّرطِ جَائِزٌ فِي البَيعِ لِلبَائِعِ وَالمُشتَرِي وَلَهُمَا الخِيَارُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا) وَالأَصلُ فِيهِ مَا رُوِيَ أَنَّ حِبَّانَ بنَ مُنقِذِ بنِ عَمرٍو الأَنصَارِيَّ ﷺ كَانَ يُغبَنُ فِي

البِيَاعَاتِ، فَقَالَ لهُ النَّبِيُّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ:«إذَا بَايَعت فقُل لا خِلابَةَ وَليَ الخِيَارُ ثَلاثَةَ أيَّامٍ»[1]. (وَلا يَجُوزُ أكثَرُ مِنهَا عِندَ أبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ.

وَقَالا (يَجُوزُ إذَا سَمَّى مُدَّةً مَعلُومَةً لحَدِيثِ ابنِ عُمَرَ ﷺ: «أنَّهُ أجَازَ الخِيَارَ إلى شَهرَينِ»)؛ وَلأنَّ الخِيَارَ إنَّمَا شُرِعَ للحَاجَةِ إلى التَّرَوِّي ليَندَفِعَ الغَبنُ، وَقَد تَمَسُّ الحَاجَةُ إلى الأكثَرِ فَصَارَ كَالتَّأجِيل فِي الثَّمَنِ. وَلأبِي حَنِيفَةَ أنَّ شَرطَ الخِيَارِ يُخَالِفُ مُقتَضَى العَقدِ وَهُوَ اللُّزُومُ، وَإنَّمَا جَوَّزنَاهُ بِخِلافِ القِيَاسِ لمَا رَوَينَاهُ مِن النَّصِّ، فَيُقتَصَرُ عَلى المُدَّةِ المَذكُورَةِ فِيهِ وَانتَفَت الزِّيَادَةُ. (إلا أنَّهُ إذَا أجَازَ فِي الثَّلاثِ) جَازَ عِندَ أبِي حَنِيفَةَ خِلافًا لزُفَرِ، هُوَ يَقُولُ: إنَّهُ انعَقَدَ فَاسِدًا فَلا يَنقَلِبُ جَائِزًا. وَلهُ أنَّهُ أسقَطَ المُفسِدَ قَبل تَقَرُّرِهِ فَيَعُودُ جَائِزًا كَمَا إذَا بَاعَ بِالرَّقمِ وَأعلمَهُ فِي المَجلسِ. وَلأنَّ الفَسَادَ بِاعتِبَارِ اليَومِ الرَّابِعِ، فَإذَا أجَازَ قَبل ذَلكَ لم يَتَّصِل المُفسِدُ بِالعَقدِ، وَلهَذَا قِيل: إنَّ العَقدَ يَفسُدُ بِمُضِيِّ جُزءٍ مِن اليَومِ الرَّابِعِ، وَقِيل يَنعَقِدُ فَاسِدًا ثُمَّ يَرتَفِعُ الفَسَادُ بِحَذفِ الشَّرطِ، وَهَذَا عَلى الوَجهِ الأوَّلِ.

الشرح:

(بَابُ خِيَارِ الشَّرطِ): قَال (خِيَارُ الشَّرْطِ جَائِزُ البَيْعِ، تَارَةً يَكُونُ لازِمًا وَأُخْرَى غَيْرَ لازِمٍ) وَاللازِمُ مَا لا خِيَارَ فيه بَعْدَ وُجُودِ شَرَائِطه وَغَيْرُ اللازِمِ مَا فِيه الخِيَارُ، وَلَمَّا كَانَ اللازِمُ أَقْوَى فِي كَوْنِه بَيْعًا قَدَّمَهُ عَلى غَيْرِه، ثُمَّ قَدَّمَ خِيَارَ الشَّرْطِ عَلى سَائِرِ الخِيَارَات لأَنَّهُ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الحُكْمِ، ثُمَّ خِيَارَ الرُّؤْيَة لأَنَّهُ يَمْنَعُ تَمَامَ الحُكْمِ، ثُمَّ خِيَارَ العَيْبِ لأَنَّهُ يَمْنَعُ لُزُومَ الحُكْمِ، وَإِنَّمَا كَانَ عَمَلُهُ فِي مَنْعِ الحُكْمِ دُونَ السَّبَبِ لأَنَّ مِنْ حَقِّه أَنْ لا يَدْخُل فِي البَيْعِ لكَوْنِه فِي مَعْنَى القِمَارِ، وَلكِنْ لَمَّا جَاءَتْ به السُّنَّةُ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ العَمَل به فَأَظْهَرْنَا عَمَلَهُ فِي مَنْعِ الحُكْمِ تَقْليلا لعَمَله بِقَدْرِ الإمْكَان لأَنَّ دُخُولهُ فِي السَّبَب مُسْتَلزِمٌ الدُّخُول فِي الحُكْمِ دُونَ العَكْسِ، وَهُوَ عَلَى أَنْوَاعٍ: فَاسِدٌ بالاتِّفَاق كَمَا إذَا قَالَ اشْتَرَيْت عَلَى أَنِّي بالخِيَارِ أَوْ عَلى أَنِّي بالخِيَارِ أَيَّامًا أَوْ عَلَى أَنِّي بالخِيَارِ أَبَدًا. وَجَائِزٌ بالاتِّفَاقِ وَهُوَ أَنْ يَقُول عَلى أَنِّي بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا. وَمُخْتَلفٌ فِيه وَهُوَ أَنْ

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/٢٢)، والبيهقي في السنن والآثار (رق/ ٣٣٢٦)، والسنن الكبرى (١٠٤٥٨)، وأحمد (٢/٤٤).

يَقُول عَلى أَنِّي بِالخِيَارِ شَهْرًا أَوْ شَهْرَيْنِ، فَإِنَّهُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّد سَوَاءٌ كَانَ لأَحَدِ العَاقِدَيْنِ أَوْ لَهُمَا جَمِيعًا أَوْ شَرَطَ أَحَدُهُمَا الخِيَارَ لِغَيْرِه. وَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الخِلافِيَّة مَا رُوِيَ أَنَّ حَبَّانَ بْنَ مُنْقذ كَانَ يُغْبَنُ فِي البِيَاعَات لِمَأْمُومَة أَصَابَتْ رَأْسَهُ فَقَال لَهُ رَسُولُ الله ﷺ: **إِذَا بَايَعْت فَقُل لا خِلابَةَ وَلِيَ الخِيَارُ ثَلاثَةَ أَيَّام»**[1] وَالخِلابَةُ: الخِدَاعُ.

وَوَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّ شَرْطَ الخِيَارِ شَرْطٌ يُخَالِفُ مُقْتَضَى العَقْدِ وَهُوَ اللُّزُومُ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ فَهُوَ مُفْسِدٌ إلا أَنَّا جَوَّزْنَاهُ بِهَذَا النَّصِّ عَلى خِلافِ القِيَاسِ فَيَقْتَصِرُ عَلى المُدَّةِ المَذْكُورَة فِيه. فَإِنْ قِيل: كَيْفَ جَازَ لِلبَائِعِ وَالمَذْكُورُ فِي النَّصِّ هُوَ المُشْتَرِي فَكَمَا عَدَّيْتُمْ فِيمَنْ لَهُ الخِيَارُ فَلْيَتَعَدَّ فِي مُدَّته. فَالجَوَابُ أَنَّ فِي النَّصِّ إِشَارَةً إلى ذَلكَ وَهُوَ لَفْظُ المُفَاعَلَة، وَلأَنَّ البَائِعَ فِي مَعْنَى المُشْتَرِي فِي مَعْنَى المَنَاط فَيُلحَقُ بِه دَلالةً، وَكَثِيرُ المُدَّة كَقَلِيلهَا لأَنَّ مَعْنَى الفَرْقِ يَتَمَكَّنُ بِزِيَادَة المُدَّة فَيَزْدَادُ الغَرَرُ وَهُوَ مُفْسِدٌ وَلَهُمَا حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ ﷺ مَا «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الخِيَارَ إلى شَهْرَيْنِ» وَلأَنَّ الخِيَارَ إِنَّمَا شُرِعَ لِلحَاجَة إلى التَّأَمُّل لِيَنْدَفِعَ الغَبْنُ وَقَدْ تَمَسُّ الحَاجَةُ إلى الأَكْثَرِ فَكَانَ كَثِيرُ المُدَّة كَقَلِيلهَا فَيُلحَقُ بِه وَصَارَ كَالتَّأْجِيل فِي الثَّمَنِ، فَإِنَّهُ جَائِزٌ قَلتْ المُدَّةُ أَوْ كَثُرَتْ لِلحَاجَة. وَالجَوَابُ أَنَّ حَدِيثَ حَبَّانَ مَشْهُورٌ فَلا يُعَارِضُهُ حِكَايَةُ حَال ابْنِ عُمَرَ، سَلمْنَا أَنَّهُمَا سَوَاءٌ لَكِنَّ المَذْكُورَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ مُطْلَقُ الخِيَارِ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المُرَادُ بِه خِيَارَ الرُّؤْيَة وَالعَيْبِ، وَأَنَّهُ أَجَازَ الرَّدَّ بِهِمَا بَعْدَ الشَّهْرَيْنِ، وَلا نُسَلمُ أَنَّ كَثِيرَ المُدَّة كَالقَلِيل فِي الحَاجَة، فَإِنَّ صَاحِبَ الخِلابَة كَانَ مُصَابًا فِي الرَّأْسِ فَكَانَ أَحْوَجَ إلى الزِّيَادَة، فَلوْ زَادَتْ كَانَ أَوْلى بِهَا، فَدَل عَلى أَنَّ المُقَدَّرَ لِنَفْيِ الزِّيَادَة سَلمْنَاهُ، لكِنْ فِي الكَثِيرِ مَعْنَى الغَرَرِ أَزْيَدُ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَالقِيَاسُ عَلى التَّأْجِيل فِي الثَّمَنِ غَيْرُ صَحِيحٍ لأَنَّ الأَجَل يُشْتَرَطُ لِلقُدْرَة عَلى الأَدَاءِ. وَهِيَ إِنَّمَا تَكُونُ بِالكَسْبِ وَهُوَ لا يَحْصُلُ فِي كُل مُدَّةٍ فَقَدْ يُحْتَاجُ إلى مُدَّة طَوِيلةٍ.

(قَوْلُهُ إلا أَنَّهُ إذَا أَجَازَ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اسْتِثْنَاءً مِنْ قَوْلِه وَلا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا،

---

(١) انظر سابقه.

وَمَعْنَاهُ: لا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا، لكِنْ لوْ ذُكِرَ أَكْثَرُ مِنْهَا وَأَجَازَ مَنْ لهُ الخِيَارُ فِي الثَّلاث جَازَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ قَوْلِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلى المُدَّةِ المَذْكُورَةِ بِالتَّوْجِيهِ المَذْكُورِ، وَالأَوَّلُ أَوْلَى لِقَوْلِهِ خِلافًا لِزُفَرَ فَتَأَمَّلْ، وَزُفَرُ يَقُولُ: إِنَّ هَذَا عَقْدٌ قَدْ انْعَقَدَ فَاسِدًا وَالفَاسِدُ لا يَنْقَلِبُ جَائِزًا لأَنَّ البَقَاءَ عَلى وَفْقِ الثُّبُوتِ، فَكَانَ كَمَنْ بَاعَ الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ أَوْ اشْتَرَى عَبْدًا بِأَلفٍ وَرِطْلِ خَمْرٍ ثُمَّ أَسْقَطَ الدِّرْهَمَ الزَّائِدَ وَأَبْطَلَ الخَمْرَ؛ وَكَمَنْ **تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَتَحْتَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ ثُمَّ طَلَقَ الرَّابِعَةَ** لا يُحْكَمُ بِصِحَّةِ نِكَاحِ الخَامِسَةِ، وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ أَسْقَطَ المُفْسِدَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ المَشَايِخَ رَحِمَهُمُ اللهُ اخْتَلَفُوا فِي حُكْمِ هَذَا العَقْدِ فِي الابْتِدَاءِ عَلى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَذَهَبَ العِرَاقِيُّونَ إِلى أَنَّهُ يَنْعَقِدُ فَاسِدًا ثُمَّ يَنْقَلِبُ صَحِيحًا بِحَذْفِ خِيَارِ الشَّرْطِ قَبْلَ اليَوْمِ الرَّابِعِ، وَذَهَبَ أَهْلُ خُرَاسَانَ وَإِلَيْهِ مَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ إِلى أَنَّهُ مَوْقُوفٌ، فَإِذَا مَضَى جُزْءٌ مِنَ اليَوْمِ الرَّابِعِ فَسَدَ، فَقَوْلُهُ إِنَّهُ أَسْقَطَ المُفْسِدَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ أَيْ قَبْلَ مُضِيِّ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ تَعْلِيلٌ عَلى الرِّوَايَةِ الأُولى. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ العَقْدَ فَاسِدٌ فِي الحَالِ بِحُكْمِ الظَّاهِرِ لأَنَّ الظَّاهِرَ دَوَامُهَا عَلى الشَّرْطِ، فَإِذَا أَسْقَطَ الخِيَارَ قَبْلَ دُخُولِ اليَوْمِ الرَّابِعِ زَالَ المُوجِبُ لِلفَسَادِ فَيَعُودُ جَائِزًا، وَهَذَا لأَنَّ هَذَا العَقْدَ لَمْ يَكُنْ فَاسِدًا لِعَيْنِهِ بَلْ لِمَا فِيهِ مِنْ تَغْيِيرِ مُقْتَضَى العَقْدِ فِي اليَوْمِ الرَّابِعِ، فَإِذَا زَالَ المُغَيِّرُ عَادَ جَائِزًا فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ وَهُوَ أَنْ يُعَلِمَ البَائِعُ عَلى الثَّوْبِ بِعَلامَةٍ كَالكِتَابَةِ يَعْلَمُ بِهَا الدَّلالُ أَوْ غَيْرُهُ ثَمَنَ الثَّوْبِ وَلا يَعْلَمُ المُشْتَرِي ذَلِكَ، فَإِذَا **قَالَ بِعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِرَقْمِهِ وَقَبِلَ المُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ أَنْ يَعْلَمَ المِقْدَارَ** انْعَقَدَ البَيْعُ فَاسِدًا، فَإِنْ عَلِمَ المُشْتَرِي قَدْرَ الرَّقْمِ فِي المَجْلِسِ وَقَبِلَهُ انْقَلَبَ جَائِزًا بِالاتِّفَاقِ

(قَوْلُهُ وَلأَنَّ الفَسَادَ بِاعْتِبَارِ اليَوْمِ الرَّابِعِ) تَعْلِيلٌ عَلى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ اشْتِرَاطَ الخِيَارِ غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلعَقْدِ، وَإِنَّمَا المُفْسِدُ اتِّصَالُ اليَوْمِ الرَّابِعِ بِالأَيَّامِ الثَّلاثَةِ، فَإِذَا جَازَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَتَّصِلِ المُفْسِدُ بِالعَقْدِ فَكَانَ صَحِيحًا. وَالجَوَابُ عَمَّا قَاسَ عَلَيْهِ زُفَرُ مِنَ المَسَائِلِ أَنَّ الفَسَادَ فِيهَا فِي صُلْبِ العَقْدِ وَهُوَ البَدَلُ فَلَمْ يُمْكِنْ دَفْعُهُ وَفِي مَسْأَلَتِنَا فِي شَرْطِهِ فَأَمْكَنَ.

(وَلو اشتَرَى عَلى أَنَّهُ إن لم يَنقُد الثَّمَنَ إلى ثَلاثَةِ أَيَّامٍ فَلا بَيعَ بَينَهُمَا جَازَ. وَإِلى

أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر، فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعًا) والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزًا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقًا به. وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق به، ونفى الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة. وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر. وفي هذا بالقياس، وفي هذه المسألة قياس آخر وإليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد، فاشتراط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بيّنّا.

الشرح:

قَال (وَلَوْ اشْتَرَى عَلى أَنَّهُ إنْ لَمْ يَنْقُدْ الثَّمَنَ) إذَا اشْتَرَى عَلى أَنَّهُ إنْ لَمْ يَنْقُدْ الثَّمَنَ فَلا بَيْعَ بَيْنَهُمَا فَهُوَ عَلى وُجُوه، فَأَمَّا إنْ قَال عَلى أَنَّهُ إنْ لَمْ يَنْقُدْ الثَّمَنَ فَلا بَيْعَ، أَوْ قَال عَلى أَنَّهُ لَمْ يَنْقُدْ الثَّمَنَ أَيَّامًا فَلا بَيْعَ وَهُمَا فَاسِدَان، أَوْ قَال عَلى أَنَّهُ إنْ لَمْ يَنْقُدْ الثَّمَنَ إلى ثَلاثَة أَيَّام فَلا بَيْعَ بَيْنَهُمَا وَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلاثَة. وَالقِيَاسُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ أَنْ لا يَجُوزَ لِمَا أَنَّهُ بَيْعُ شَرْط فيه إقَالةٌ فَاسِدَةٌ لتَعلقهَا بالشَّرْط وَهُوَ عَدَمُ النَّقْد، وَاشْتِرَاطُ الإقَالة فِي البَيْعِ مِثْلُ أَنْ **يَقُول بعْتُك هَذَا بشَرْط أَنْ تُقيل البَيْعَ** مُفْسدٌ لكَوْنه عَلى خلاف العَقْد، فَاشْتِرَاطُ فَاسدهَا أَوْلى أَنْ يَفْسُدَ، وَاسْتَحْسَنَ العُلمَاءُ جَوَازَهُ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذَا فِي مَعْنَى شَرْط الخيَار منْ حَيْثُ الحَاجَة، إذْ الحَاجَةُ مَسَّتْ إلى الانْفسَاخ عنْدَ عَدَمِ النَّقْد تَحَرُّزًا عَنْ المُمَاطَلة فِي الفَسْخ، وَإذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ كَانَ مُلحَقًا به. وَرُدَّ بأَنَّا لا نُسَلمُ أَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ لأَنَّ هُنَاكَ لوْ سَكَتَ حَتَّى مَضَتْ المُدَّةُ تَمَّ العَقْدُ وَهَاهُنَا لوْ سَكَتَ حَتَّى مَضَتْ المُدَّةُ بَطَل العَقْدُ. وَأُجيبَ بأَنَّ النَّظَرَ فِي الإلحَاق إنَّمَا هُوَ إلى المَعْنَى المُنَاط للحُكْمِ وَهِيَ الحَاجَةُ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فيهَا، وَأَمَّا الزَّائدُ عَلى ذَلكَ فَلا مُعْتَبَرَ به وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرير.

فَإنْ قيل: الحَاجَةُ تَنْدَفعُ باشْترَاط الخيَار لنَفْسه ثَلاثَةَ أَيَّام فَإنَّهُ إنْ لَمْ يَنْقُدْ الثَّمَنَ انْفَسَخَ العَقْدُ حَتَّى يَجُوزَ البَيْعُ قيَاسًا وَاسْتحْسَانًا منْ غَيْر خلاف فيه. أُجيبَ بأَنَّ مَنْ لهُ الخيَارُ لا يَقْدرُ عَلى الفَسْخ فِي قَوْل أَبِي حَنيفَةَ وَمُحَمَّد إلا بحَضْرَة الآخَر. وَعَسَى

يَتَعَذَّرُ ذَلِكَ فَكَانَتْ الحَاجَةُ بَاقِيَةً. وَأَمَّا إذَا زَادَ عَلَى ثَلاثَةِ أَيَّامٍ فَقَدْ اخْتَلَفُوا فِيهِ: لَمْ يُجَوِّزْهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ. وَجَوَّزَهُ مُحَمَّدٌ. أَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَقَدْ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ فِي المُلحَقِ بِهِ وَنَفَى الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلاثِ، وَكَذَلِكَ مُحَمَّدٌ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ فِي تَجْوِيزِ الزِّيَادَةِ فِي المُلحَقِ بِهِ، وَأَبُو يُوسُفَ احْتَاجَ إلى الفَرْقِ بَيْنَ المُلحَقِ وَالمُلحَقِ بِهِ فِي جَوَازِ الزِّيَادَةِ فِي الثَّانِي دُونَ الأَوَّلِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا قَالَ المُصَنِّفُ وَأَبُو يُوسُفَ أَخَذَ فِي الأَصْلِ بِالأَثَرِ، وَفِي هَذَا بِالقِيَاسِ. وَتَفْسِيرُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ المُرَادَ بِالأَصْلِ شَرْطُ الخِيَارِ، وَبِقَوْلِهِ فِي هَذَا قَوْلُهُ وَإِنْ لَمْ يَنْقُدْ الثَّمَنَ إلى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ، وَالمُرَادَ بِالأَثَرِ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ " أَنَّهُ أَجَازَ الخِيَارَ إلى شَهْرَيْنِ " وَمَعْنَاهُ: تَرَكْنَا القِيَاسَ فِي المُلحَقِ بِهِ وَهُوَ شَرْطُ الخِيَارِ بِأَثَرِ ابْنِ عُمَرَ، وَعَمِلنَا بِالقِيَاسِ فِي المُلحَقِ وَهُوَ التَّعْلِيقُ بِنَقْدِ الثَّمَنِ لِعَدَمِ النَّصِّ فِيهِ. وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَخْذُ أَبُو يُوسُفَ فِي الأَصْلِ: أَيْ فِي ثَلاثَةِ أَيَّامٍ بِأَثَرِ ابْنِ عُمَرَ، وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّ عَبْدَ اللهِ بْنَ عُمَرَ بَاعَ نَاقَةً لَهُ مِنْ رَجُلٍ بِشَرْطِ أَنَّهُ إنْ لَمْ يَنْقُدْ الثَّمَنَ إلى ثَلاثَةِ أَيَّامٍ فَلا بَيْعَ بَيْنَهُمَا " (وَفِي هَذَا) أَيْ فِي الزَّائِدِ عَلَى ثَلاثَةِ أَيَّامٍ (بِالقِيَاسِ) وَهُوَ يَقْتَضِي عَدَمَ الجَوَازِ كَمَا مَرَّ (قَوْلُهُ وَفِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ قِيَاسٌ آخَرُ) تَقَدَّمَ مَعْنَاهُ.

قال (وَخِيَارُ البَائِعِ يَمنَعُ خُرُوجَ المَبِيعِ عَن مِلكِهِ)؛ لأَنَّ تَمَامَ هَذَا السَّبَبِ بِالمُرَاضَاةِ وَلا يَتِمُّ مَعَ الخِيَارِ وَلِهَذَا يَنفُذُ عِتقُهُ. وَلا يَملِكُ المُشتَرِي التَّصَرُّفَ فِيهِ وَإِن قَبَضَهُ بِإِذنِ البَائِعِ (وَلَو قَبَضَهُ المُشتَرِي وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ ضَمِنَهُ بِالقِيمَةِ)؛ لأَنَّ البَيعَ يَنفَسِخُ بِالهَلاكِ؛ لأَنَّهُ كَانَ مَوقُوفًا، وَلا نَفَاذَ بِدُونِ المَحَل فَبَقِيَ مَقبُوضًا فِي يَدِهِ عَلَى سَومِ الشِّرَاءِ وَفِيهِ القِيمَةُ، وَلَو هَلَكَ فِي يَدِ البَائِعِ انفَسَخَ البَيعُ وَلا شَيءَ عَلَى المُشتَرِي اعتِبَارًا بِالبَيعِ الصَّحِيحِ المُطلَقِ.

الشرح:

قَالَ (وَخِيَارُ البَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ المَبِيعِ عَنْ مِلكِهِ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ قَدْ يَكُونُ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ يَكُونُ لَهُمَا جَمِيعًا، فَإِذَا كَانَ لِلبَائِعِ فَالمَبِيعُ لا يَخْرُجُ عَنْ مِلكِهِ بِالاتِّفَاقِ وَالثَّمَنُ يَخْرُجُ عَنْ مِلكِ المُشْتَرِي بِالاتِّفَاقِ، وَإِذَا كَانَ لِلمُشْتَرِي فَالمَبِيعُ يَخْرُجُ عَنْ مِلكِ البَائِعِ وَالثَّمَنُ لا يَخْرُجُ عَنْ مِلكِهِ، فَإِذَا كَانَ لَهُمَا لا يَخْرُجُ شَيْءٌ مِنْ

المَبِيعِ وَالثَّمَنُ عَنْ ملك البَائِعِ وَالمُشْتَرِي بالاتِّفَاق، فَإِذَا خَرَجَ المَبِيعُ عَنْ ملك البَائِعِ وَالثَّمَنُ عَنْ ملك المُشْتَرِي هَل يَدْخُلُ فِي ملك المُشْتَرِي وَالبَائِع؟ فيه خلافٌ. قَال أَبُو حَنِيفَة: لا يَدْخُلُ، وَقَالا: يَدْخُلُ. أَمَّا دَلِيلُ عَدَمِ خُرُوجِ المَبِيعِ عَنْ ملك البَائِعِ فِي الصُّورَةِ الأُولى فَلمَا ذَكَرَهُ مِنْ قَوْلِه (لأَنَّ تَمَامَ هَذَا السَّبَب) أَيْ العلة (بالمُرَاضَاة) لكَوْن الرِّضَا دَاخلا في حَقِيقَته الشَّرْعيَّة. وَلا تَتِمُّ المُرَاضَاةُ بالخِيَارِ لأَنَّ البَيْعَ به يَصِيرُ علةً اسْمًا وَمَعْنًى لا حُكْمًا فَمَنَعَ ابْتدَاءَ الحُكْمِ وَهُوَ الملكُ فَيَبْقَى عَلى ملك صَاحبه.

(وَلهَذَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ) وَلا يَمْلكُ المُشْتَرِي التَّصَرُّفَ فيه وَإِنْ قَبَضَهُ بِإِذْنِ البَائِعِ، فَإِنْ قَبَضَهُ المُشْتَرِي فَهَلكَ فِي يَدِه فِي مُدَّة الخِيَارِ ضَمِنَهُ بالقيمَة إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْليًّا، خلافًا لابْنِ أَبِي لَيْلى هُوَ يَقُولُ: قَبَضَ ملكَ البَائِع بإِذْنِه فَكَانَ أَمَانَةً فِي يَده، وَنَحْنُ نَقُولُ: **البَيْعُ يَنْفَسِخُ بِالهَلاك** وَالمُنْفَسِخُ به مَضْمُونٌ بالقيمَة، وَذَلكَ لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْه بالهَلاك صَارَ إِلى حَالة لا يَجُوزُ ابْتدَاءُ العَقْد عَلَيْه فيهَا فَلا تَلحَقُهَا الإجَازَةُ وَهُوَ مَعْنَى قَوْله (لأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا) وَلا نَفَاذَ بدُون المَحَل وَقَدْ فَاتَ بالهَلاك، وَأَمَّا أَنَّ المُنْفَسِخَ به مَضْمُونٌ بالقيمَة فَلأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بجِهَة العَقْد، وَذَلكَ مَضْمُونٌ بالقيمَة كَالمَقْبُوضِ عَلى سَوْمِ الشِّرَاء، وَتَحْقيقُهُ أَنَّ الضَّمَانَ الأَصْليَّ الثَّابتَ بالعَقْد فِي القيَميَّات هُوَ القيمَةُ، وَإِنَّمَا يَتَحَوَّلُ مِنْهَا إِلى الثَّمَنِ عِنْدَ تَمَامِ الرِّضَا، وَلَمْ يُوجَدْ حِينَ شَرَطَ البَائِعُ الخِيَارَ لنَفْسه فَبَقِيَ الضَّمَانُ الأَصْليُّ فِي مُدَّة الخيَارِ، وَأَمَّا إذَا هَلكَ بَعْدَهَا فَيَلزَمُهُ الثَّمَنُ لا القيمَةُ لبُطْلان الخِيَارِ إِذْ ذَاكَ بتَمَامِ الرِّضَا، وَلَوْ هَلكَ المَبِيعُ فِي يَدِ البَائِعِ انْفَسَخَ البَيْعُ وَلا شَيْءَ عَلى المُشْتَرِي كَمَا لوْ كَانَ البَيْعُ صَحِيحًا مُطْلقًا عَنْ الخِيَار. قيل: وَإِنَّمَا ذُكِرَ الصَّحِيحُ مَعَ أَنَّ الحُكْمَ فِي الفَاسِد كَذَلكَ حَمْلا لحَال المُسْلمينَ عَلى الصَّلاح.

قَال (وَخِيَارُ المُشتَرِي لا يَمنَعُ خُرُوجَ المَبِيعِ عَن مِلكِ البَائِعِ)؛ لأَنَّ البَيعَ فِي جَانِبِ الآخَرِ لازِمٌ، وَهَذَا؛ لأَنَّ الخِيَارَ إِنَّمَا يَمنَعُ خُرُوجَ البَدَلِ عَن مِلكِ مَن لهُ الخِيَارُ؛ لأَنَّهُ شُرِعَ نَظَرًا لهُ دُونَ الآخَرِ. قَال: إلا أَنَّ المُشتَرِيَ لا يَملكُهُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: يَملكُهُ؛ لأَنَّهُ لمَّا خَرَجَ عَن مِلكِ البَائِعِ فَلو لم يَدخُل فِي مِلكِ المُشتَرِي يَكُونُ زَائِلا لا إلى مَالكٍ وَلا عَهدَ لنَا بِهِ فِي الشَّرعِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لمَّا لم يَخرُج الثَّمَنُ عَن مِلكِهِ فَلو قُلنَا بِأَنَّهُ يَدخُلُ المَبِيعُ فِي مِلكِهِ لاجتَمَعَ البَدَلانِ فِي مِلكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ حُكمًا للمُعَاوَضَةِ، وَلا أَصل لهُ فِي الشَّرعِ؛ لأَنَّ

المُعَاوَضَةَ تَقتَضِي المُسَاوَاةَ؛ ولأنَّ الخِيَارَ شُرِعَ نَظَرًا للمُشتَرِي ليَتَرَوَّى فيَقِفَ على المَصلحَةِ، ولو ثَبَتَ المِلكُ رُبَّمَا يُعتَقُ عَلَيهِ مِن غَيرِ اختِيَارِهِ بِأن كَانَ قَرِيبَهُ فيَفُوتُ النَّظَرُ. قَال (فَإن هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ بِالثَّمَنِ، وَكَذَا إذَا دَخَلَهُ عَيبٌ) بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ الخِيَارُ للبَائِعِ. وَوَجهُ الفَرقِ أنَّهُ إذَا دَخَلَهُ عَيبٌ يَمتَنِعُ الرَّدُّ، وَالهَلاكُ لا يَعرَى عَن مُقَدِّمَةِ عَيبٍ فَيَهلكُ، وَالعَقدُ قَد انبَرَمَ فَيَلزَمُهُ الثَّمَنُ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لأنَّ بِدُخُول العَيبِ لا يَمتَنِعُ الرَّدُّ حُكمًا بِخِيَارِ البَائِعِ فَيَهلكُ وَالعَقدُ مَوقُوفٌ.

الشرح:

وَأَمَّا دَليلُ خُرُوجِهِ عَنْ ملكِهِ إذَا كَانَ الخِيَارُ للمُشْتَرِي فَهُوَ أَنَّ البَيْعَ لازِمٌ مِنْ جَانبِه. وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الخِيَارَ إنَّمَا يَمْنَعُ خُرُوجَ البَدَلِ عَنْ ملكِ مَنْ لهُ الخِيَارُ لأَنَّهُ شُرِعَ نَظَرًا لهُ دُونَ الآخَرِ، وَأَمَّا أَنَّ البَدَلَ إذَا خَرَجَ عَنْ ملكِ مَنْ ليْسَ لهُ الخِيَارُ لا يَدْخُلُ فِي ملكِ مَنْ لهُ ذَلكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فَلأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَخْرُجْ مَالُهُ عَنْ ملكِهِ لوْ دَخَلَ لزِمَ اجْتِمَاعُ البَدَليْنِ فِي ملكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ حُكْمًا للمُعَاوَضَةِ، وَلا أَصْلَ لهُ فِي الشَّرْعِ لأَنَّ المُعَاوَضَةَ تَقْتَضِي المُسَاوَاةَ وَنُوقِضَ بِالمُدَبَّرِ، **فَإِنَّ غَاصِبَهُ إذَا ضَمِنَ لصَاحِبِهِ ملكَ** البَدَلَ وَلَمْ يَخْرُجْ المُدَبَّرُ عَنْ ملكِهِ فَكَانَ البَدَلانِ مُجْتَمِعَيْنِ فِي ملكٍ وَاحِدٍ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ (حُكْمًا للمُعَاوَضَةِ) يَدْفَعُ النَّقْضَ، فَإِنَّ ضَمَانَ المُدَبَّرِ ضَمَانُ جِنَايَةٍ وَليْسَ كَلامُنَا فِيهِ، وَيَدْخُلُ عِنْدَهُمَا لأَنَّهُ لَمَّا خَرَجَ عَنْ ملكِهِ فَلوْ لَمْ يَدْخُلْ فِي ملكِ الآخَرِ يَكُونُ زَائِلا لا إلَى مَالكٍ، يَعْنِي سَائِبَةً وَلا عَهْدَ لنَا بِهِ فِي الشَّرْعِ. وَنُوقِضَ بِمَا إذَا **اشْتَرَى مُتَوَلِّي الكَعْبَةِ عَبْدًا لسَدَانَةِ الكَعْبَةِ** يَخْرُجُ العَبْدُ عَنْ ملكِ البَائِعِ وَلا يَدْخُلُ فِي ملكِ المُشْتَرِي.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ كَلامَنَا فِي التِّجَارَةِ وَمَا ذَكَرْتُمْ ليْسَ مِنْهَا بَل هُوَ مُلحَقٌ بِتَوَابِعِ الأَوْقَافِ، وَحُكْمُ الأَوْقَافِ قَدْ تَقَدَّمَ، وَرُجِّحَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ بِأَنَّ شَرْعِيَّةَ الخِيَارِ نَظَرًا للمُشْتَرِي ليَتَرَوَّى فَيَقِفَ عَلى المَصْلحَةِ، فَلوْ دَخَلَ فِي ملكِهِ رُبَّمَا يَكُونُ عَليْهِ لا لهُ بِأَنْ كَانَ المَبِيعُ قَرِيبَهُ فَيُعْتَقُ عَليْهِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ فَعَادَ عَلى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ.

(قَوْلُهُ فَإِنْ هَلكَ فِي يَدِهِ) أَيْ إنْ **هَلكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فِيمَا إذَا كَانَ الخِيَارُ لهُ** هَلكَ بِالثَّمَنِ، وَكَذَا إذَا دَخَلهُ عَيْبٌ، بِخِلافِ مَا إذَا كَانَ الخِيَارُ للبَائِعِ كَمَا تَقَدَّمَ آنِفًا. وَمُرَادُهُ عَيْبٌ لا يَرْتَفِعُ كَأَنْ قُطِعَتْ يَدَاهُ. وَأَمَّا مَا جَازَ ارْتِفَاعُهُ كَالمَرَضِ فَهُوَ عَلى

خيَارِهِ إذَا زَال فِي الأَيَّامِ الثَّلاثَة لهُ أَنْ يَفْسَخَ بَعْدَ الارْتِفَاعِ. وَأَمَّا إذَا مَضَتْ وَالعَيْبُ قَائِمٌ لزِمَ العَقْدُ لتَعَذُّرِ الرَّدِّ، وَتَبَيَّنَ بِمَا ذُكِرَ أَنَّ **هَلاكَ المَبيعِ وَتَعَيُّبَهُ** يُوجِبُ القِيمَةَ عَلى المُشْتَرِي إذَا كَانَ الخِيَارُ للبَائِعِ، وَيُوجِبُ الثَّمَنَ إذَا كَانَ للمُشْتَرِي فَاحْتَاجَ إلى التَّصْرِيحِ بِبَيَانِ الفَرْقِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ المَبيعَ إذَا تَعَيَّبَ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَالخِيَارُ لهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ كَمَا قُبِضَ، وَكَذَلِكَ إذَا هَلكَ وَالهَلاكُ لا يَعْرَى عَنْ مُقَدِّمَةِ عَيْبٍ فَيَهْلِكُ وَالعَقْدُ قَدْ لزِمَ وَتَمَّ فَيَلزَمُ الثَّمَنُ المُسَمَّى. وَأَمَّا إذَا كَانَ الخِيَارُ للبَائِعِ فَلمْ يَمْتَنِعْ الرَّدُّ عَلى المُشْتَرِي بِدُخُول العَيْبِ لأَنَّ الخِيَارَ للبَائِعِ لا لهُ فَيَهْلِكُ وَالمَبيعُ مَوْقُوفٌ فَيَلزَمُ القِيمَةُ.

قَال (وَمَن اشتَرَى امرَأَتَهُ عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ لم يَفسُد النِّكَاحُ)؛ لأَنَّهُ لم يَملكهَا لمَا لهُ مِن الخِيَارِ (وَإِن وَطِئَهَا لهُ أَن يَرُدَّهَا)؛ لأَنَّ الوَطءَ بِحُكمِ النِّكَاحِ (إلا إذَا كَانَت بِكرًا)؛ لأَنَّ الوَطءَ يُنقِصُهَا، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالا: يَفسُدُ النِّكَاحُ)؛ لأَنَّهُ مَلكَهَا (وَإِن وَطِئَهَا لم يَرُدَّهَا)؛ لأَنَّ وَطأَهَا بِملكِ اليَمِينِ فَيَمتَنِعُ الرَّدُّ وَإِن كَانَت ثَيِّبًا؛ وَلِهَذِهِ المَسأَلَةِ أَخَوَاتٌ كُلُّهَا تَبتَنِي عَلى وُقُوعِ المِلكِ للمُشتَرِي بِشَرطِ الخِيَارِ وَعَدَمِهِ: مِنهَا عِتقُ المُشتَرَى عَلى المُشتَرِي إذَا كَانَ قَرِيبًا لهُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، وَمِنهَا: عِتقُهُ إذَا كَانَ المُشتَرِي حَلفَ إن مَلكت عَبدًا فَهُوَ حُرٌّ. بِخِلافِ مَا إذَا قَال: إن اشتَرَيت فَهُوَ حُرٌّ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ كَالمُنشِئِ للعِتقِ بَعدَ الشِّرَاءِ فَيَسقُطُ الخِيَارُ، وَمِنهَا أَنَّ حَيضَ المُشتَرَاةِ فِي المُدَّةِ لا يُجتَزَأُ بِهِ عَن الاستِبرَاءِ عِندَهُ، وَعِندَهُمَا يُجتَزَأُ؛ وَلو رُدَّت بِحُكمِ الخِيَارِ إلى البَائِعِ لا يَجِبُ عَليهِ الاستِبرَاءُ عِندَهُ، وَعِندَهُمَا يَجِبُ إذَا رُدَّت بَعدَ القَبضِ. وَمِنهَا إذَا وَلدَت المُشتَرَاةُ فِي المُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلدٍ لهُ عِندَهُ خِلافًا لهُمَا. وَمِنهَا إذَا قَبَضَ المُشتَرِي المَبِيعَ بِإِذنِ البَائِعِ ثُمَّ أَودَعَهُ عِندَ البَائِعِ فَهَلكَ فِي يَدِهِ فِي المُدَّةِ هَلكَ مِن مَال البَائِعِ لارتِفَاعِ القَبضِ بِالرَّدِّ لعَدَمِ المِلكِ عِندَهُ، وَعِندَهُمَا مِن مَال المُشتَرِي لصِحَّةِ الإِيدَاعِ بِاعتِبَارِ قِيَامِ المِلكِ. وَمِنهَا لو كَانَ المُشتَرِي عَبدًا مَأذُونًا لهُ فَأَبرَأَهُ البَائِعُ مِن الثَّمَنِ فِي المُدَّةِ بَقِيَ عَلى خِيَارِهِ عِندَهُ؛ لأَنَّ الرَّدَّ امتِنَاعٌ عَن التَّمَلُّكِ وَالمَأذُونُ لهُ يَليهِ، وَعِندَهُمَا بَطَل خِيَارُهُ؛ لأَنَّهُ لمَّا مَلكَهُ كَانَ الرَّدُّ مِنهُ تَمليكًا بِغَيرِ عِوَضٍ وَهُوَ ليسَ مِن أَهلهِ. وَمِنهَا إذَا اشتَرَى ذِمِّيٌّ مِن ذِمِّيٍّ خَمرًا عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ ثُمَّ أَسلمَ بَطَل الخِيَارُ عِندَهُمَا؛ لأَنَّهُ مَلكَهَا فَلا يَملكُ رَدَّهَا وَهُوَ مُسلمٌ. وَعِندَهُ يَبطُلُ البَيعُ؛ لأَنَّهُ لم يَملكهَا فَلا يَتَمَلكُهَا بِإِسقَاطِ الخِيَارِ بَعدَهُ وَهُوَ مُسلمٌ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ) هَذه مَسَائِلُ تَتَرَتَّبُ عَلى الأَصْل المُتَقَدِّمِ ذكْرُهُ، وَهُوَ أَنَّ الخِيَارَ إذَا كَانَ للمُشْتَري يَخْرُجُ المَبيعُ عَنْ ملك البَائع وَلا يَدْخُلُ في ملك المُشْتَري عنْدَهُ، وَعنْدَهُمَا يَدْخُلُ، فَعَلى هَذَا إذَا اشْتَرَى امْرَأَتَهُ (عَلى أَنَّهُ بالخيَار ثَلاثَةَ أَيَّام يُفْسَخُ النِّكَاحُ) لأَنَّهُ لَمْ يَمْلكْهَا، وَإنْ وَطئَهَا لهُ أَنْ يَرُدَّهَا لأَنَّ الوَطْءَ لَمْ يَكُنْ بملك اليَمين حَتَّى يَسْقُطَ الخيَارُ، إلا إذَا كَانَتْ بكْرًا فَلَيْسَ لهُ أَنْ يَرُدَّهَا لأَنَّ الوَطْءَ يَنْقُصُهَا، وَهَذَا يُشيرُ إلى أَنَّ قَوْلَهُ (وَإنْ وَطئَهَا لهُ أَنْ يَرُدَّهَا) مَعْنَاهُ: إذَا لَمْ يَنْقُصْهَا الوَطْءُ، فَأَمَّا إذَا نَقَصَهَا فَلا يَرُدُّهَا وَإنْ كَانَتْ ثَيِّبًا. إليْه أُشيرَ في **شرح**: الطَّحَاويِّ. وَعنْدَهُمَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ وَإنْ وَطئَهَا لَمْ يَرُدَّهَا وَإنْ كَانَتْ ثَيِّبًا لأَنَّهُ مَلكَهَا وَوَطئَهَا بملك اليَمين. وَلهَذه المَسْأَلة نَظَائرُ في كَوْنهَا مُتَرَتِّبَةً عَلى الأَصْل المُتَقَدِّم منْهَا **عتْقُ المُشْتَرَى عَلى المُشْتَري في مُدَّة الخيَار إذَا كَانَ قَريبًا للمُشْتَري** لا يُعْتَقُ عَلَيْه عنْدَهُ خلافًا لهُمَا. وَمنْهَا مَا إذَا **قَال إنْ مَلكْت عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى بالخيَار** لا يَعْتقُ عنْدَهُ خلافًا لهُمَا.

بخلاف مَا إذَا قَال إنْ اشْتَرَيْت، لأَنَّهُ يَصيرُ كَالمُنْشئ للعتْق بَعْدَ الشِّرَاء لأَنَّ المُعَلقَ بالشَّرْط كَالمُرْسَل عنْدَهُ، وَلوْ أَنْشَأَ العتْقَ بَعْدَ شرَائه بالخيَار عَتَقَ وَسَقَطَ الخيَارُ كَذَا هَذَا. فَإنْ قيل: لوْ كَانَ كَالمُنْشئ وَجَبَ أَنْ يَنُوبَ عَنْ الكَفَّارَة إذَا اشْتَرَى المَحْلُوفَ عَلَيْه بعتْقه نَاويًا عَنْ الكَفَّارَة. أُجيبَ بأَنَّهُ جُعل كَالمُنْشئ تَصْحيحًا لقَوْله فَهُوَ حُرٌّ فَلا يَتَعَدَّى إلى الوُقُوع عَنْ الكَفَّارَة بَعْدَ اسْتحْقَاقه الحُرِّيَّةَ وَقْتَ اليَمين لأَنَّهُ كَالمُدَبَّر في الاسْتحْقَاق، وَفيه يَعْمَلُ الإنْشَاءُ للعتْق لا عَنْ الكَفَّارَة كَذَلكَ هَذَا. وَمنْهَا أَنَّ المُشْتَرَاةَ إذَا حَاضَتْ بَعْدَ القَبْض في مُدَّة الخيَار حَيْضَةً أَوْ بَعْضَهَا فَاخْتَارَهَا لا يَجْتَزئُ بتلكَ الحَيْضَة منْ الاسْتبْرَاء عنْدَهُ خلافًا لهُمَا، وَلوْ رَدَّهَا عَلى البَائع لا يَجبُ عَلَيْه الاسْتبْرَاءُ عنْدَهُ سَوَاءٌ كَانَ الرَّدُّ قَبْل القَبْض أَوْ بَعْدَهُ. وَعنْدَهُمَا إذَا كَانَ الرَّدُّ قَبْل القَبْض لا يَجبُ عَلى البَائع الاسْتبْرَاءُ اسْتحْسَانًا.

وَالقيَاسُ أَنْ يَجبَ لتَجَدُّد الملك، وَإنْ كَانَ بَعْدَهُ يَجبُ الاسْتبْرَاءُ عَلى البَائع قيَاسًا وَاسْتحْسَانًا، وَأَجْمَعُوا في البَيْع البَاتِّ يُفْسَخُ بإقَالة أَوْ غَيْرهَا أَنَّ الاسْتبْرَاءَ وَاجبٌ عَلى البَائع إذَا كَانَ الفَسْخُ قَبْل القَبْض قيَاسًا وَبَعْدَهُ قيَاسًا وَاسْتحْسَانًا. وَمنْهَا إذَا وُلدَتْ

الْمُشْتَرَاةُ فِي الْمُدَّةِ بِالنِّكَاحِ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ عِنْدَهُ. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: لا بُدَّ مِنْ أَحَدِ تَأْوِيلَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ اشْتَرَى مَنْكُوحَتَهُ وَوَلَدَتْ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ، أَوْ يَكُونَ اشْتَرَى الأَمَةَ الَّتِي كَانَتْ مَنْكُوحَتَهُ وَوَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا قَبْلَ الشِّرَاءِ ثُمَّ اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ الْخِيَارِ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ عِنْدَهُ خِلافًا لَهُمَا، وَعَلَى هَذَا كَانَ قَوْلُهُ فِي الْمُدَّةِ ظَرْفًا لِقَوْلِهِ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لا ظَرْفَ الْوِلادَةِ. وَتَقْرِيرُ كَلامِهِ: إِذَا وَلَدَتْ الْمُشْتَرَاةُ بِالنِّكَاحِ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَفِيهِ تَعْقِيدٌ لَفْظِيٌّ كَمَا تَرَى. قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ: وَإِنَّمَا احْتَجْنَا إِلَى أَحَدِ التَّأْوِيلَيْنِ.

لأَنَّا لَوْ أَجْرَيْنَا عَلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ وَقُلْنَا إِنَّهُ إِذَا اشْتَرَى مَنْكُوحَتَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَقَبَضَهَا ثُمَّ وَلَدَتْ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ يَلْزَمُ الْبَيْعُ بِالاتِّفَاقِ وَيَبْطُلُ خِيَارُ الشَّرْطِ لأَنَّ الْوِلادَةَ عَيْبٌ فَلا يُمْكِنُ رَدُّهَا بَعْدَمَا تَعَيَّنَتْ الْجَارِيَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ.

وَمِنْهَا إِذَا **قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ ثُمَّ أَوْدَعَهُ عِنْدَ الْبَائِعِ فَهَلَكَ فِي يَدِ الْبَائِعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ أَوْ بَعْدَهَا** هَلَكَ عَلَى الْبَائِعِ لأَنَّ الْقَبْضَ قَدْ ارْتَفَعَ بِالرَّدِّ إِذْ الْوَدِيعَةُ لَمْ تَصِحَّ لِعَدَمِ مِلْكِ الْمُودِعِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ الْقَبْضُ كَانَ هَلاكُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَأَنَّهُ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ، وَعِنْدَهُمَا لَمَّا مَلَكَهُ الْمُشْتَرِي صَحَّتْ الْوَدِيعَةُ وَصَارَ هَلاكُهُ فِي يَدِ الْمُودِعِ كَهَلاكِهِ فِي يَدِهِ.

وَمِنْهَا مَا لَوْ **كَانَ الْمُشْتَرِي عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ فَأَبْرَأَهُ الْبَائِعُ عَنْ الثَّمَنِ فِي الْمُدَّةِ** بَقِيَ خِيَارُهُ لأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْلِكْهُ كَانَ الرَّدُّ امْتِنَاعًا مِنْهُ عَنْ التَّمَلُّكِ وَلِلْمَأْذُونِ لَهُ وِلايَةُ ذَلِكَ، وَعِنْدَهُمَا بَطَلَ خِيَارُهُ لأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَهُ كَانَ الرَّدُّ مِنْهُ تَمْلِيكًا بِغَيْرِ عِوَضٍ وَالْمَأْذُونُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ. فَإِنْ قُلْتَ: إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي فَالثَّمَنُ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ فَمَا وَجْهُ إِبْرَاءِ الْبَائِعِ عَنْ الثَّمَنِ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَهُ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ الْقِيَاسَ يَنْفِي صِحَّةَ هَذَا الإِبْرَاءِ، وَجَوَازُهُ اسْتِحْسَانٌ لِحُصُولِهِ بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ الْمِلْكِ وَهُوَ الْعَقْدُ. وَمِنْهَا إِذَا **اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا بِالْخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ** بَطَلَ الْخِيَارُ عِنْدَهُمَا.

وَعِنْدَهُ بَطَلَ الْخِيَارُ وَالْبَيْعُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ وَاضِحٌ؛ وَإِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَأَسْلَمَ يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِالإِجْمَاعِ؛ وَإِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَأَسْلَمَ الْبَائِعُ لا يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِالإِجْمَاعِ لأَنَّ الْعَقْدَ مِنْ جَانِبِهِ بَاتٌّ، فَإِنْ اخْتَارَهُ الْمُشْتَرِي صَارَ لَهُ، وَإِنْ رُدَّ صَارَ الْخَمْرُ لِلْبَائِعِ وَالْمُسْلِمُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يَتَمَلَّكَ الْخَمْرَ حُكْمًا.

قَال (وَمَن شُرِطَ لهُ الخِيَارُ فَلهُ أَن يَفسَخَ فِي المُدَّةِ وَلهُ أَن يُجِيزَ، فَإِن أَجَازَهُ بِغَيرِ حَضرَةِ صَاحِبِهَا جَازَ. وَإِن فَسَخَ لم يَجُز إلا أَن يَكُونَ الآخَرُ حَاضِرًا عِندَ أَبِي حَنِيفَة وَمُحَمَّدٍ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ) وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ وَالشَّرطُ هُوَ العِلمُ، وَإِنَّمَا كَنَّى بِالحَضرَةِ عَنهُ. لهُ أَنَّهُ مُسَلطٌ عَلى الفَسخِ مِن جِهَةِ صَاحِبِهِ فَلا يُتَوَقَّفُ عَلى عِلمِهِ كَالإِجَازَةِ وَلِهَذَا لا يُشتَرَطُ رِضَاهُ وَصَارَ كَالوَكِيل بِالبَيعِ. وَلهُمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الغَيرِ وَهُوَ العَقدُ بِالرَّفعِ، وَلا يَعرَى عَن المَضَرَّةِ؛ لأَنَّهُ. عَسَاهُ يَعتَمِدُ تَمَامَ البَيعِ السَّابِقِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَتَلزَمُهُ غَرَامَةُ القِيمَةِ بِالهَلاكِ فِيمَا إذَا كَانَ الخِيَارُ للبَائِعِ، أَو لا يَطلُبُ لسِلعَتِهِ مُشتَرِيًا فِيمَا إذَا كَانَ الخِيَارُ للمُشتَرِي، وَهَذَا نَوعُ ضَرَرٍ فَيَتَوَقَّفُ عَلى عِلمِهِ وَصَارَ كَعَزل الوَكِيل، بِخِلافِ الإِجَازَةِ لأَنَّهُ لا إلزَامَ فِيهِ، وَلا نَقُولُ إنَّهُ مُسَلطٌ، وَكَيفَ يُقَالُ ذَلكَ وَصَاحِبُهُ لا يَملكُ الفَسخَ وَلا تَسليطَ فِي غَيرِ مَا يَملكُهُ المُسَلطُ، وَلو كَانَ فَسَخَ فِي حَال غَيبَةِ صَاحِبِهِ وَبَلغَهُ فِي المُدَّةِ تَمَّ الفَسخُ لحُصُول العِلمِ بِهِ، وَلو بَلغَهُ بَعدَ مُضِيِّ المُدَّةِ تَمَّ العَقدُ بِمُضِيِّ المُدَّةِ قَبل الفَسخِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ شُرِطَ لهُ الخِيَارُ فَلهُ أَنْ يَفسَخَ فِي المُدَّةِ) هَذَا العُمُومُ يَتَنَاوَلُ البَائِعَ وَالمُشْتَرِيَ وَالأَجْنَبِيَّ، لأَنَّ شَرْطَ الخِيَارِ يَصِحُّ مِنْهُمْ جَمِيعًا، **فَإِذَا كَانَ الخِيَارُ للبَائِعِ فَالإِجَازَةُ تَحْصُلُ بِثَلاثَةِ أَشْيَاءَ**: بِأَنْ يَقُول أَجَزْت وَبِمَوْته فِي مُدَّةِ الخِيَارِ لأَنَّهُ لا يُورَثُ كَمَا سَنَذْكُرُهُ فَيَكُونُ العَقْدُ بِهِ نَافِذًا، وَبِأَنْ تَمْضِيَ مُدَّةُ الخِيَارِ مِنْ غَيْرِ فَسْخٍ وَإِذَا كَانَ للمُشْتَرِي فَبِذَلكَ، وَبِأَنْ يَصِيرَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي إلى حَالٍ لا يَمْلكُ فَسْخَهُ عَلى تلكَ الحَالة كَهَلاكِ المَعْقُودِ عَليْهِ وَانْتِقَاصِه كَمَا تَقَدَّمَ. وَأَمَّا الفَسْخُ فَقَدْ يَكُونُ حَقِيقَةً وَقَدْ يَكُونُ حُكْمًا. وَالثَّانِي هُوَ مَا يَكُونُ بِالفِعْلِ كَأَنْ يَتَصَرَّفَ البَائِعُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ تَصَرُّفَ المُلاكِ، كَمَا إذَا أَعْتَقَ المَبِيعَ أَوْ بَاعَهُ أَوْ كَانَتْ جَارِيَةً فَوَطِئَهَا أَوْ قَبَّلهَا أَوْ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ عَيْنًا فَتَصَرُّفُ المُشْتَرِي فِيهِ تَصَرُّفُ المُلاكِ فِيمَا إذَا كَانَ الخِيَارُ للمُشْتَرِي فَإِنَّ العَقْدَ يَنْفَسِخُ سَوَاءٌ فِي ذَلكَ حُضُورُ الآخَرِ وَعَدَمُهُ لأَنَّهُ فَسْخٌ حُكْمِيٌّ، وَالشَّيْءُ قَدْ يَثْبُتُ حُكْمًا وَإِنْ كَانَ يَبْطُلُ قَصْدًا.

وَأَمَّا الأَوَّلُ فَهُوَ مَا يَكُونُ بِالقَوْل، وَهُوَ أَنْ يَقُول البَائِعُ أَوْ المُشْتَرِي فَسَخْتُ، فَإِنْ

كَانَ ذَلِكَ بِحَضْرَةِ الآخَرِ أَيْ بِعِلمِهِ انْفَسَخَ العَقْدُ بِالاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ عِلمِهِ فَلا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ، لأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَنْ لَهُ الخِيَارُ مُسَلطٌ عَلى فَسْخِ العَقْدِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ، وَكُلُّ مَنْ هُوَ كَذَلِكَ لا يَتَوَقَّفُ فِعْلُهُ عَلى عِلمِ صَاحِبِهِ كَالإِجَازَةِ، وَهُوَ قِيَاسٌ مِنْهُ لأَحَدِ شَطْرَيْ العَقْدِ عَلى الآخَرِ، وَوَضَحَ ذَلِكَ بِعَدَمِ اشْتِرَاطِ الرِّضَا، وَجُعِل ذَلِكَ كَالوَكِيلِ بِالبَيْعِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّل بِهِ وَإِنْ كَانَ المُوَكِّلُ غَائِبًا لأَنَّهُ مُسَلطٌ مِنْ جِهَتِهِ (وَلهُمَا أَنَّ الفَسْخَ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الغَيْرِ وَهُوَ العَقْدُ بِالرَّفْعِ وَ) هُوَ (لا يَعْرَى عَنْ المَضَرَّةِ) أَمَّا إِذَا كَانَ الخِيَارُ للبَائِعِ فَالمُشْتَرِي عَسَاهُ يَعْتَمِدُ تَمَامَ البَيْعِ السَّابِقِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَيَلزَمُهُ غَرَامَةُ القِيمَةِ بِهَلاكِ المَبِيعِ وَقَدْ تَكُونُ القِيمَةُ أَكْثَرَ مِنْ الثَّمَنِ وَلا خَفَاءَ فِي كَوْنِهِ ضَرَرًا. وَأَمَّا إِذَا كَانَ للمُشْتَرِي فَالبَائِعُ عَسَى يَعْتَمِدُ تَمَامَهُ فَلا يَطْلُبُ لسِلعَتِهِ مُشْتَرِيًا، وَقَدْ تَكُونُ المُدَّةُ أَيَّامَ رَوَاجِ بَيْعِ المَبِيعِ وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ لا يَخْفَى، وَالتَّصَرُّفُ المُشْتَمِلُ عَلى ضَرَرٍ فِي حَقِّ الغَيْرِ يَتَوَقَّفُ عَلى عِلمِهِ لا مَحَالةَ كَمَا فِي عَزْلِ الوَكِيلِ.

وَالقِيَاسُ عَلى شَطْرِ الآخَرِ فَاسِدٌ لقِيَامِ الفَارِقِ وَهُوَ الإِلزَامُ، وَلا نُسَلمُ أَنَّهُ مُسَلطٌ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ عَلى الفَسْخِ لأَنَّ التَّسْلِيطَ عَلى الفَسْخِ مِمَّنْ لا يَمْلكُهُ غَيْرُ مَعْقُولٍ وَلا مَشْرُوعٍ كَالتَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِ المَالكِ، وَعَدَمُ اشْتِرَاطِ الرِّضَا لا يَسْتَلزِمُ عَدَمَ اشْتِرَاطِ العِلمِ لأَنَّ مَبْنَى الإِلزَامِ عَلى العِلمِ لا عَلى الرِّضَا، وَكَوْنُهُ لا بُدَّ مِنْهُ فِي البِيَاعَاتِ لأَنَّهُ لا إِلزَامَ فِيهَا، وَعُورِضَ بِأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ مِنْ إِلزَامِ الضَّرَرِ وَإِنْ دَل عَلى اشْتِرَاطِ العِلمِ وَلكِنْ عِنْدَنَا مَا يَنْفِيهِ وَهُوَ أَنَّهُ لوْ لمْ يَنْفَرِدْ بِالفَسْخِ لرُبَّمَا اخْتَفَى مَنْ ليْسَ لهُ الخِيَارُ إِلى مُضِيِّ المُدَّةِ فَيَلزَمُ البَيْعُ، وَفِيهِ مِنْ الضَّرَرِ مَا لا يَخْفَى. وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ ضَرَرٌ مَرْضِيٌّ بِهِ مِنْهُ حَيْثُ تَرَكَ الاسْتِيثَاقَ بِأَخْذِ الكَفِيلِ مَخَافَةَ الغَيْبَةِ.

وَاعْلمْ أَنَّ مَدَارَ دَليلهِمَا إِلزَامُ ضَرَرٍ زَائِدٍ غَيْرِ مَرْضِيٍّ بِهِ، فَإِذَا فَاتَ المَجْمُوعُ أَوْ بَعْضُهُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ لا يَكُونُ نَقْضًا، فَلا يُرَدُّ مَا قِيل الطَّلاقُ وَالعَتَاقُ وَالعَفْوُ عَنْ القِصَاصِ يَلزَمُ مِنْهَا فِي حَقِّ غَيْرِ الفَاعِل إِلزَامٌ، وَهُوَ مُسَوِّغٌ لأَنَّ ذَلِكَ مِنْ الإِسْقَاطَاتِ، وَمَا هُوَ كَذَلِكَ ليْسَ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ الإِلزَامِ كَإِسْقَاطِ الحِمْل عَنْ الدَّابَّةِ، وَلا مَا قِيل الزَّوْجُ يَنْفَرِدُ بِالرَّجْعَةِ وَحُكْمُهَا يَلزَمُ المَرْأَةَ وَإِنْ لمْ تَعْلمْ لأَنَّهُ ليْسَ فِيهَا إِلزَامٌ لأَنَّ **الطَّلاقَ**

الرَّجْعِيَّ لا يَرْفَعُ النِّكَاحَ حَتَّى تَكُونَ الرَّجْعَةُ إلزَامَ أَمْرٍ جَدِيدٍ، سَلَمْنَاهُ لكنْ لَيْسَ فيهِ إلزَامُ ضَرَرٍ لأَنَّ النِّكَاحَ مِنْ عَوَالِي النِّعَمِ فَاسْتِدَامَتُهُ بِالرَّجْعَةِ لا تَكُونُ ضَرَرًا وَلا مَا قِيلَ **اخْتِيَارُ الْمُخَيَّرَةِ يَنْفُذُ عَلَى زَوْجِهَا** وَفِيهِ إلزَامُ حُكْمِ الاخْتِيَارِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لِعَدَمِ الإِلزَامِ بَل لِذَلِكَ بِالتزَامِهِ أَوْ لأَنَّهُ لا ضَرَرَ فِيهِ، فَإِنَّ الإِيجَابَ فِيهِ حَصَلَ مِنْهُ.

وَلَوْ رَأَى ضَرَرًا مَا أَقْدَمَ عَلَيْهِ أَوْ لأَنَّهُ غَيْرُ زَائِدٍ عَلَى مُوجِبِ التَّخْيِيرِ وَلا مَا قِيلَ **اخْتِيَارُ الأَمَةِ الْمُعْتَقَةِ الفُرْقَةَ** يَلزَمُ الزَّوْجَ بِدُونِ عِلمِهِ وَفِيهِ إلزَامٌ لأَنَّهُ غَيْرُ زَائِدٍ عَلَى مُوجَبِ نِكَاحِ مَنْ لَهُ الخِيَارُ أَوْ هُوَ مَرْضِيٌّ بِهِ بِالإِقْدَامِ عَلَى سَبَبِهِ، وَلا مَا قِيلَ **اخْتِيَارُ الْمَالِكِ رَفْعَ عَقْدِ الفُضُولِيِّ** يَلزَمُ العَاقِدَيْنِ بِلا عِلمٍ، وَفِيهِ إلزَامٌ عَلَيْهِمَا لأَنَّهُ امْتِنَاعٌ عَنْ العَقْدِ لا إلزَامٌ مِنْهُ، وَلا مَا قِيلَ **الطَّلاقُ يَلزَمُ العِدَّةُ عَلَى الْمَرْأَةِ** وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ لأَنَّهُ لا ضَرَرَ فِي العِدَّةِ أَوْ لِكَوْنِهِ بِإِيجَابِ الشَّرْعِ نَصًّا دُونَ الطَّلاقِ، بِخِلافِ الضَّرَرِ الْمَذْكُورِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّهُ زَائِدٌ عَلَى مُوجَبِ خِيَارِ الشَّرْطِ وَهُوَ الرَّدُّ أَوْ الإِجَازَةُ، وَهُوَ غَيْرُ مَرْضِيٍّ بِهِ مِنْ جَانِبِ الآخَرِ فَلا يَلزَمُهُ إلا بِعِلمِهِ (قَوْلُهُ وَلَوْ كَانَ فُسِخَ فِي حَالِ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ) يُشِيرُ إلَى أَنَّ الشَّرْطَ هُوَ العِلمُ دُونَ الحُضُورِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ " كَنَّى " الكِنَايَةَ الاصْطِلاحِيَّةَ لأَرْبَابِ البَلاغَةِ لكنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا اسْتَتَرَ بِهِ الْمُرَادُ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ مَن لهُ الخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ وَلَم يَنتَقِل إلى وَرَثَتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُورَثُ عَنهُ؛ لأَنَّهُ حَقٌّ لازِمٌ ثَابِتٌ فِي البَيعِ فَيَجرِي فِيهِ الإِرثُ كَخِيَارِ العَيبِ وَالتَّعيِينِ. وَلَنَا أَنَّ الخِيَارَ لَيسَ إلا مَشِيئَةً وَإِرَادَةً وَلا يُتَصَوَّرُ انتِقَالُهُ، وَالإِرثُ فِيمَا يَقبَلُ الانتِقَالَ. بِخِلافِ خِيَارِ العَيبِ؛ لأَنَّ الْمُوَرِّثَ استَحَقَّ الْمَبِيعَ سَلِيمًا فَكَذَا الوَارِثُ، فَأَمَّا نَفسُ الخِيَارِ لا يُوَرَّثُ، وَأَمَّا خِيَارُ التَّعيِينِ يَثبُتُ لِلوَارِثِ ابتِدَاءً لاختِلاطِ مِلكِهِ بِمِلكِ الغَيرِ لا أَن يُوَرَّثَ الخِيَارُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا مَاتَ مَنْ لهُ الخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ) إذَا مَاتَ مَنْ لهُ الخِيَارُ سَوَاءٌ كَانَ البَائِعَ أَوْ الْمُشْتَرِيَ أَوْ غَيْرَهُمَا سَقَطَ الخِيَارُ وَلزِمَ البَيْعُ، بِخِلافِ مَا إذَا **مَاتَ مَنْ عَلَيْهِ الخِيَارُ** فَإِنَّهُ بَاقٍ بِالإِجْمَاعِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: إذَا مَاتَ مَنْ لهُ الخِيَارُ انْتَقَل الخِيَارُ إلَى وَارِثِهِ لأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لازِمٌ فِي البَيْعِ فَيَجْرِي فِيهِ الإِرْثُ كَخِيَارِ العَيْبِ وَكَخِيَارِ تَعْيِينِ الْمَبِيعِ بِأَنْ اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ يَأْخُذُ أَيَّهُمَا شَاءَ.

وَلنَا أَنَّ الخِيَارَ لا يَقْبَلُ الانْتِقَال لأَنَّهُ لَيْسَ إلا مَشيئَةً وَإِرَادَةً وَهُمَا عَرْضَان، وَالعَرَضُ لا يَقْبَلُ الانْتِقَال، وَالإرْثُ فِيمَا يَقْبَلُ الانْتِقَال لأَنَّهُ خلافَةٌ عَنْ المُوَرِّث بِنَقْل الأَعْيَانِ إلى الوَارِث، وَهَذَا مَعْقُولٌ لا مُعَارِضَ لهُ مِنَ المَنْقُول فَيَكُونُ مَعْمُولا به لا يُقَالُ: قَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ **«مَنْ تَرَكَ مَالا أَوْ حَقًّا فَلوَرَثَته»** وَالخِيَارُ حَقٌّ فَيَكُونُ لوَرَثَته، لأَنَّ المُرَادَ به حَقٌّ قَابلٌ للانْتِقَال بدَليل قَوْله **«فَلوَرَثَته»** عَلى مَا مَرَّ، وَالخِيَارُ لَيْس كَذَلكَ.

قيل: المَالكيَّةُ صفَةٌ تَنْتَقلُ منَ المَوْرُوث إليْه في الأَعْيَان فَهَلا يَكُونُ الخِيَارُ كَذَلكَ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ المُنْتَقل هُوَ العَيْنُ وَنَقْلُ المَالكيَّة ضِمْنِيٌّ. قِيل: فَليَكُنْ خِيَارُ الشَّرْط كَذَلكَ بِأَنْ يَنْتَقل المَبيعُ مِنْ المُورِّث إلى الوَارث ثُمَّ الخِيَارُ يَتْبَعُهُ ضِمْنًا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الخِيَارَ لَيْسَ مِنْ لوَازِمِ المَبيعِ بَل الأَصْلُ عَدَمُهُ، وَكَمْ مِنْ مَبِيعٍ لا خِيَارَ فِيه، بخِلاف المَمْلُوك فَإِنَّهُ يَسْتَلزِمُ مَالكيَّةَ مَالك، وَفيه نَظَرٌ فَإِنَّ الكَلامَ فِي المَبيعِ بشَرْط الخِيَار لا فِي مُطْلقه، وَالخِيَارُ يَلزَمُهُ، وَالصَّوَابُ أَنْ يُقَال: الغَرَضُ الأَصْليُّ مِنْ نَقْل الأَعْيَان ملكيَّتُهَا، وَلَيْسَ الخِيَارُ في المَبيعِ بشَرْط الخِيَار كَذَلكَ، فَلا يَلزَمُهُ مِنْ انْتقَال مَا هُوَ الغَرَضُ الأَصْليُّ انْتقَالُ مَا لَيْس كَذَلكَ. فَإِنْ قِيل: **القِصَاصُ يَنْتَقلُ مِنْ المُوَرَّث إلى الوَارِث** بذَاته مِنْ غَيْر تَبَعيَّة العَيْنِ فَليَكُنْ الخِيَارُ كَذَلكَ.

أُجِيبَ بِأَنَّهُ ثَبَتَ للوَارِث ابْتدَاءً لأَنَّهُ شُرِعَ للتَّشَفِّي، وَهُمَا فِي ذَلكَ سِيَّان، إلا أَنَّ المُوَرَّثَ مُتَقَدِّمٌ فَإِذَا مَاتَ زَال التَّقَدُّمُ وَثَبَتَ للوَارِث بِمَا ثَبَتَ للمُوَرَّث: أَعْني التَّشَفِّيَ، وَالخِيَارُ يَثْبُتُ بالعَقْد وَالشَّرْط، وَالوَارِثُ لَيْسَ بعَاقد وَلا شَارِط. لا يُقَالُ: البَيْعُ بشَرْط الخِيَارِ غَيْرُ لازِمٍ فَيُورَثُ كَذَلكَ لا بطَرِيقِ النَّقْل فَلا يَنْفيه مَا ذَكَرْتُمْ لأَنَّ كَلامَنَا مَعَ مَنْ يَقُولُ بالنَّقْل، وَمَا ذَكَرْنَا يَدُلُّ عَلى انْتفَائه وَلوْ التَزَمَ مُلتَزِمٌ مَا ذَكَرْتُمْ قُلنَا: البَيْعُ بشَرْط الخِيَار غَيْرُ لازم فِي حَقِّ العَاقد أَوْ فِي حَقِّ الوَارِث، وَالأَوَّلُ مُسَلمٌ وَلا كَلامَ فِيه، وَالثَّاني عَيْنُ النِّزَاعِ (قَوْلُهُ بخِلاف خِيَار العَيْب) جَوَابٌ عَمَّا قَاسَ عَلَيْه.

وَتَقْرِيرُهُ لا نُسَلمُ أَنَّهُ بطَرِيقِ النَّقْل بَل المُورِّثُ اسْتَحَقَّ المَبيعَ سَليمًا، فَكَذَا الوَارِثُ فَكَانَ ذَلكَ نَقْلا فِي الأَعْيَان دُونَ الخِيَار، وَذَلكَ لأَنَّ **سَبَبَ خِيَار العَيْب** اسْتحْقَاقُ المُطَالبَة بتَسْليم الجُزْء الفَائت لأَنَّ ذَلكَ الجُزْءَ منْ المَال مُسْتَحَقٌّ للمُشْتَرِي بالعَقْد، فَإِذَا **طَالبَ البَائعُ بالتَّسْليم وَعَجزَ عَنْ التَّسْليم** فُسِخَ العَقْدُ لأَجْله، وَقَدْ وُجدَ هَذَا المَعْنَى فِي

حَقِّ الوَارِثِ لأَنَّهُ يَخْلُفُ المُشْتَرِيَ فِي مِلكِ ذَلِكَ الجُزْءِ، بِخِلافِ خِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّ السَّبَبَ وَهُوَ الشَّرْطُ لا يُوجَدُ فِي حَقِّ الوَارِثِ، وَكَذَا خِيَارُ التَّعْيِينِ لا يَنْتَقِلُ بَل الخِيَارُ سَقَطَ بِالمَوْتِ، لكِنَّ الوَارِثَ وَرِثَ المَبِيعَ وَهُوَ مَجْهُولٌ فَثَبَتَ لهُ خِيَارُ التَّعْيِينِ، وَكَمَنْ اخْتَلطَ مَالُهُ بِمَالِ رَجُلٍ ثَبَتَ لهُ خِيَارُ التَّعْيِينِ، وَهَذَا الخِيَارُ غَيْرُ ذَلكَ الخِيَارِ، أَلا تَرَى أَنَّ المُوَرِّثَ كَانَ لهُ أَنْ يَفْسَخَ قَوْلَهُ وَكَانَ خِيَارُهُ مُؤَقَّتًا، وَالوَارِثُ لَيْسَ لهُ الفَسْخُ وَلَيْسَ خِيَارُهُ بِمُؤَقَّتٍ.

قَال (وَمَنْ اشتَرَى شَيئًا وَشَرَطَ الخِيَارَ لغَيرِهِ فَأَيُّهُمَا أَجَازَ الخِيَارَ وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انتَقَضَ) وَأَصلُ هَذَا أَنَّ اشتِرَاطَ الخِيَارِ لغَيرِهِ جَائِزٌ استِحسَانًا، وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ؛ لأَنَّ الخِيَارَ مِن مَوَاجِبِ العَقدِ وَأَحكَامِهِ، فَلا يَجُوزُ اشتِرَاطُهُ لغَيرِهِ كَاشتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلى غَيرِ المُشتَرِي. وَلنَا أَنَّ الخِيَارَ لغَيرِ العَاقِدِ لا يَثبُتُ إلا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَن العَاقِدِ فَيُقَدَّرُ الخِيَارُ لهُ اقتِضَاءً ثُمَّ يُجعلُ هُوَ نَائِبًا عَنهُ تَصحِيحًا لتَصَرُّفِهِ، وَعِندَ ذَلكَ يَكُونُ لكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا الخِيَارُ، فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انتَقَضَ (وَلو أَجَازَ أَحَدُهُمَا وَفَسَخَ الآخَرُ يُعتَبَرُ السَّابِقُ) لوُجُودِهِ فِي زَمَانٍ لا يُزَاحِمُهُ فِيهِ غَيرُهُ، وَلو خَرَجَ الكَلامَانِ مِنهُمَا مَعًا يُعتَبَرُ تَصَرُّفُ العَاقِدِ فِي رِوَايَةٍ وَتَصَرُّفُ الفَاسِخِ فِي أُخرَى. وَجهُ الأَوَّل أَنَّ تَصَرُّفَ العَاقِدِ أَقوَى؛ لأَنَّ النَّائِبَ يَستَفِيدُ الوِلايَةَ مِنهُ. وَجهُ الثَّانِي أَنَّ الفَسخَ أَقوَى؛ لأَنَّ المُجَازَ يَلحَقُهُ الفَسخُ وَالمَفسُوخُ لا تَلحَقُهُ الإِجَازَةُ، وَلمَّا مَلكَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنهُمَا التَّصَرُّفَ رَجَّحنَا بِحَال التَّصَرُّفِ. وَقِيل الأَوَّلُ قَولُ مُحَمَّدٍ وَالثَّانِي قَولُ أَبِي يُوسُفَ، وَاستِخرَاجُ ذَلكَ مِمَّا إذَا بَاعَ الوَكِيلُ مِن رَجُلٍ وَالمُوَكِّلُ مِن غَيرِهِ مَعًا؛ فَمُحَمَّدٌ يَعتَبِرُ فِيهِ تَصَرُّفَ المُوَكِّل، وَأَبُو يُوسُفَ يَعتَبِرُهُمَا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى وَشَرَطَ الخِيَارَ لغَيْرِه) تَقْرِيرُ كَلامِه: وَمَنْ اشْتَرَى وَشَرَطَ الخِيَارَ لغَيْرِه جَازَ حَذْفُهُ لدَلالة قَوْله فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ: يَعْنِي مِنْ المُشْتَرِي وَذَلكَ الغَيْرِ عَلى المَحْذُوف، وَاشْتِرَاطُ الخِيَارِ للغَيْرِ لا يَجُوزُ فِي القِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، لأَنَّ الخِيَارَ إذَا شُرِطَ فِي العَقْدِ صَارَ حَقًّا مِنْ حُقُوقه وَاجبًا مِنْ وَاجبَاته بِمُقْتَضَى الشَّرْط المُسَوِّغ شَرْعًا، وَمَا كَانَ مِنْ مَوَاجِبِ العَقْدِ لا يَجُوزُ اشْتِرَاطُهُ عَلى غَيْرِ العَاقِد كَاشْتِرَاط الثَّمَنِ عَلى غَيْر

الْمُشْتَرِي أَوْ اشْتِرَاط تَسْلِيمه عَلَى غَيْرِهِ أَوْ اشْتِرَاط الملك لغَيْرِهِ، لكنَّ العُلَمَاءَ الثَّلاثَةَ اسْتَحْسَنُوا جَوَازَهُ لأَنَّ الحَاجَةَ قَدْ تَدْعُو إلى اشْتِرَاط الخِيَارِ للأَجْنَبِيِّ لكَوْنه أَعْرَف بالمَبِيعِ أَوْ بالعَقْد فَصَارَ كَالاحْتِيَاجِ إلى نَفْسِ الخِيَار. وَطَرِيقُ ذَلكَ أَنْ يَثْبُتَ بِطَرِيقِ النِّيَابَة عَنْ العَاقد اقْتضَاءً، إذْ لا وَجْهَ لإثْبَاته للغَيْر أَصَالةً فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ شَرَطَهُ لنَفْسه وَجُعل الأَجْنَبيُّ نَائبًا عَنْهُ في التَّصَرُّف تَصْحيحًا لهُ بقَدْرِ الإمْكَان، وَفيه بَحْثٌ منْ وَجْهَيْن: أَحَدُهُمَا: أَنَّ شَرْطَ الاقْتضَاء أَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضِي أَدْنَى مَنْزِلةً منْ الْمُقْتَضَى، أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ **قَالَ لعَبْد لهُ حَنثَ في يَمينه كَفِّرْ عَنْ يَمينك بالمَال** لا يَكُونُ ذَلكَ تَحْرِيرًا اقْتضَاءً لأَنَّ التَّحْرِيرَ أَقْوَى منْ تَصَرُّف التَّكْفير لكَوْنه أَصْلا فَلا يَثْبُتُ تَبَعًا لفَرْعه، وَلا خَفَاءَ أَنَّ العَاقدَ أَعْلَى مَرْتَبَةً فَكَيْفَ يَثْبُتُ الخيَارُ لهُ اقْتضَاءً.

وَالثَّاني أَنَّ اشْتِرَاطَ الخيَار للغَيْرِ لوْ جَازَ اقْتضَاءً تَصْحيحًا لجَازَ اشْتِرَاطُ وُجُوب الثَّمَنِ عَلَى الغَيْر بِطَرِيقِ الكَفَالة بأَنْ يَجبَ الثَّمَنُ عَلَى العَاقد أَوَّلا ثُمَّ عَلَى الغَيْر كَفَالةً عَنْهُ كَذَلكَ. وَأُجيبَ عَنْ الأَوَّل بأَنَّ الاعْتبَارَ للمَقَاصد، وَالغَيْرُ هُوَ المَقْصُودُ باشْتِرَاط الخيَار فَكَانَ هُوَ الأَصْل نَظَرًا إلى الخيَار وَالعَاقدُ أَصْلٌ منْ حَيْثُ التَّمَلُّكُ لا منْ حَيْثُ الخيَارُ فَلا يَلزَمُ ثُبُوتُ الأَصْل بتَبَعيَّة فَرْعه.

وَأَمَّا التَّحْرِيرُ فَإِنَّهُ الأَصْلُ في وُجُوب الكَفَّارَة المَاليَّة فَلا يَثْبُتُ تَبَعًا لفَرْعه. وَعَنْ الثَّاني بأَنَّ الدَّيْنَ لا يَجبُ عَلَى الكَفيل في الصَّحيح بَل هيَ التزَامُ الْمُطَالبَة، وَالمَذْكُورُ هَاهُنَا هُوَ الثَّمَنُ عَلَى الأَجْنَبيِّ وَثُبُوتُ الْمُقْتَضِي لتَصْحيح الْمُقْتَضَى، وَلوْ صَحَّتْ الكَفَالةُ بِطَرِيقِ الاقْتضَاء كَانَ مُبْطلا للمُقْتَضَى وَعَادَ عَلَى مَوْضُوعه بالنَّقْض. فَإنْ قيل: فَليَكُنْ بِطَرِيقِ الحَوَالة فَإنَّ الحَوَالةَ فيهَا الْمُطَالبَةُ بالدَّيْن. فَالجَوَابُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ أَصْلٌ في وُجُوب الثَّمَن عَليْه فَلا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَابعًا لفَرْعه وَهُوَ الْمُحَالُ عَليْه (وَإذَا ثَبَتَ الخيَارُ لكُل وَاحد منْهُمَا فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ) وَلوْ اخْتَلفَ فعْلُهُمَا في الإجَازَة وَالنَّقْضِ اُعْتُبرَ السَّابقُ لعَدَمِ مَا يُزَاحمُهُ (وَلوْ خَرَجَ الكَلامَان مَعًا اخْتَلفَتْ الرِّوَايَةُ) فَفي روَايَة بُيُوعِ المَبْسُوط (يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ العَاقد) فَسْخًا كَانَ أَوْ إجَازَةً (وَ) في روَايَة مَا دُون المَبْسُوط يُعْتَبَرُ (تَصَرُّفُ الفَسْخِ) سَوَاءٌ كَانَ منْ العَاقد أَوْ منْ غَيْره (وَجْهُ) القَوْل (الأَوَّل أَنَّ تَصَرُّفَ العَاقد أَقْوَى) وَالأَقْوَى: يُقَدَّمُ عَلَى غَيْره، وَفقْهُ ذَلكَ أَنَّ تَصَرُّفَ النَّائب إنَّمَا

يُحْتَاجُ إلَيْهِ عِنْدَ انْتِفَاءِ تَصَرُّفِ المَنُوبِ، وَأَمَّا عِنْدَ وُجُودِهِ فَلا احْتِيَاجَ إلَيْهِ. وَاسْتَشْكَلَ بِمَا إذَا **وَكَّلَ رَجُلا آخَرَ بِطَلاقِ امْرَأَتِهِ لِلسُّنَّةِ فَطَلَّقَهَا الوَكِيلُ وَالمُوَكِّلُ مَعًا** فَإِنَّ الوَاقِعَ طَلاقُ أَحَدِهِمَا لا بِعَيْنِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ التَّرْجِيحَ يُحْتَاجُ إلَيْهِ عِنْدَ تَنَافِي الفِعْلَيْنِ كَالفَسْخِ وَالإِجَازَةِ، وَأَمَّا إذَا اتَّحَدَا فَالمَطْلُوبُ حَاصِلٌ بِدُونِهِ فَلا حَاجَةَ إلَيْهِ. (وَوَجْهُ) القَوْلِ (الثَّانِي أَنَّ الفَسْخَ أَوْلَى لأَنَّ المَجَازَ يَلحَقُهُ الفَسْخُ) كَمَا لوْ أَجَازَ وَالمَبِيعُ هَلَكَ عِنْدَ البَائِعِ (وَالمَفْسُوخُ لا تَلحَقُهُ الإِجَازَةُ) فَإِنَّ العَقْدَ إذَا انْفَسَخَ بِهَلاكِ المَبِيعِ عِنْدَ البَائِعِ لا تَلحَقُهُ الإِجَازَةُ، وَلا خَفَاءَ فِي قُوَّةِ مَا يَطْرَأُ عَلى غَيْرِهِ فَيُزِيلُهُ عَلى مَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَنُوقِضَ بِمَا إذَا **لاقَى مَنْ لهُ الخِيَارُ غَيْرَهُ فَتَنَاقَضَا المَبِيعَ ثُمَّ هَلكَ المَبِيعُ عِنْدَ المُشْتَرِي قَبْل قَبْضِ البَائِعِ بِحُكْمِ الإِقَالةِ** فَإِنَّ عَلى المُشْتَرِي الثَّمَنَ إنْ كَانَ الخِيَارُ لهُ، وَالقِيمَةَ إنْ كَانَ للبَائِعِ فَكَانَ ذَلكَ فَسْخًا للفَسْخِ وَهُوَ إجَازَةٌ للمَفْسُوخِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ الكَلامَ فِي أَنَّ الإِجَازَةَ لا تَلحَقُ المَفْسُوخَ وَمَا ذَكَرْتُمْ فَسْخٌ لا إجَازَةٌ (وَقِيل الأَوَّلُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ) فِي المَبْسُوطِ. قِيل وَالثَّانِي أَصَحُّ، وَلعَل قَوْلهُ وَلمَّا مَلكَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ رَجَّحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ إشَارَةً إلى ذَلكَ: يَعْنِي لمَّا كَانَ كُلٌّ مِنْهُمَا أَصْلا فِي التَّصَرُّفِ مِنْ وَجْهٍ: العَاقِدُ مِنْ حَيْثُ التَّمَلُّكُ وَالأَجْنَبِيُّ مِنْ حَيْثُ شَرْطُ الخِيَارِ لهُ لمْ يَتَرَجَّحْ الأَمْرُ مِنْ حَيْثُ التَّصَرُّفُ فَرَجَّحْنَا مِنْ حَيْثُ حَالُ التَّصَرُّفِ. لا يُقَالُ: الفَسْخُ وَالإِجَازَةُ مِنْ تَوَابِعِ الخِيَارِ فَكَانَ القِيَاسُ تَرْجِيحَ تَصَرُّفِ مَنْ لهُ الخِيَارُ لأَنَّ جِهَةَ تَمَلُّكِ العَقْدِ عَارَضَتْهُ فِي ذَلكَ (قَوْلُهُ وَاسْتُخْرِجَ ذَلكَ) يَعْنِي أَنَّ المَنْسُوبَ إلَيْهِمَا لَيْسَ بِمَنْقُولٍ عَنْهُمَا (وَ) إنَّمَا (اُسْتُخْرِجَ بِمَا إذَا بَاعَ الوَكِيلُ مِنْ أَحَدٍ وَالمُوَكِّلُ مِنْ غَيْرِهِ مَعًا، فَمُحَمَّدٌ يَعْتَبِرُ فِيهِ تَصَرُّفَ المُوَكِّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ يَعْتَبِرُ تَصَرُّفَهُمَا) وَيُجْعَلُ العَبْدُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا بِالنِّصْفِ وَيُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الشَّرِيكَيْنِ، إنْ شَاءَ أَخَذَ النِّصْفَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ البَيْعَ. وَوَجْهُ الاسْتِخْرَاجِ أَنَّ تَصَرُّفَ الفَاسِخِ أَقْوَى عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ مِنْ هَذِهِ المَسْأَلةِ أَنَّهُ لمْ يُرَجِّحْ تَصَرُّفَ المَالكِ كَمَا رَجَّحَهُ مُحَمَّدٌ، فَلمَّا لمْ يُرَجِّحْ تَصَرُّفَ المَالكِ ظَهَرَ أَثَرُ ذَلكَ فِي مَسْأَلةِ بَيْعِ المُوَكِّلِ وَالوَكِيلِ يَكُونُ العَبْدُ بَيْنَ المُشْتَرِيَيْنِ بِالنِّصْفِ، فَلمَّا لمْ يَثْبُتْ الرُّجْحَانُ هُنَاكَ لتَصَرُّفِ المَالكِ

لمالكيته والرُّجْحَانُ ثَابِتٌ هُنَا لتصرُّف الفَسْخِ فِي نَفْسِه لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ وَارِدٌ عَلى الإِجَازَةِ لا عَلى العَكْسِ رَجَّحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ وَهُوَ تَصَرُّفُ الفَسْخِ لأَنَّهُ لا مُعَارِضَ لِهَذَا الرُّجْحَانِ بَعْدَ مُسَاوَاةِ تَصَرُّفِ المَالِكِ مَعَ تَصَرُّفِ غَيْرِ المَالِكِ فَقُلْنَا بِه، كَذَا فِي النِّهَايَةِ.

وَهُوَ كَلامٌ لا وُضُوحَ فِيهِ لأَنَّ عَدَمَ رُجْحَانِ تَصَرُّفِ المَالِكِ لِمَالِكِيَّتِه هُنَاكَ لا يَسْتَلزِمُ رُجْحَانَ الفَسْخِ هُنَا وَلا يَدُلُّ عَلَيْه، نَعَمْ هُوَ يَدُلُّ عَلى تَرْجِيحِ الفَسْخِ عَلى الإِجَازَةِ لا عَلى وَجْهِ الاسْتِخْرَاجِ، وَلَعَلَ الأَوْضَحَ فِي وَجْهِ ذَلكَ أَنْ يُقَالَ: الوَكِيلُ مِنْ المُوَكِّلِ هُنَاكَ بِمَنْزِلَةِ الأَجْنَبِيِّ مِنْ العَاقِدِ هَاهُنَا فِي كَوْنِ كُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَفِيدُ الوِلايَةَ مِنْ غَيْرِهِ فَيَتَرَجَّحُ تَصَرُّفُ العَاقِدِ مِنْ مُحَمَّدٍ كَتَرْجِيحِ تَصَرُّفِ المُوَكِّلِ مِنْهُ وَتُرِكَ تَرْجِيحُ تَصَرُّفِ المَالِكِ مِنْ أَبِي يُوسُفَ، وَاعْتِبَارُهُمَا يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ لا يُنْظَرُ إِلى أَحْوَالِ المُتَصَرِّفِينَ لِتَسَاوِيهِمَا فِيه فَبَقِيَ النَّظَرُ فِي حَالِ التَّصَرُّفِ نَفْسِه، وَالفَسْخُ أَقْوَى لِمَا ذَكَرْنَا.

قَال (وَمَن بَاعَ عَبدَينِ بِألفِ دِرهَمٍ عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَالبَيعُ فَاسِدٌ، وَإِن بَاعَ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا بِخَمسِمِائَةٍ عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَينِهِ جَازَ البَيعُ) وَالمَسأَلَةُ عَلى أَربَعَةِ أَوجُهٍ: أَحَدُهَا أَن لا يُفَصِّل الثَّمَنَ وَلا يُعَيِّنَ الذِي فِيهِ الخِيَارُ وَهُوَ الوَجهُ الأَوَّلُ فِي الكِتَابِ وَفَسَادُهُ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالمَبِيعِ؛ لأَنَّ الذِي فِيهِ الخِيَارُ كَالخَارِجِ عَن العَقدِ، إِذ العَقدُ مَعَ الخِيَارِ لا يَنعَقِدُ فِي حَقِّ الحُكمِ فَبَقِيَ الدَّاخِلُ فِيهِ أَحَدُهُمَا وَهُوَ غَيرُ مَعلُومٍ. وَالوَجهُ الثَّانِي أَن يُفَصِّل الثَّمَنَ وَيُعَيِّنَ الذِي فِيهِ الخِيَارُ وَهُوَ المَذكُورُ ثَانِيًا فِي الكِتَابِ، وَإِنَّمَا جَازَ؛ لأَنَّ المَبِيعَ مَعلُومٌ وَالثَّمَنَ مَعلُومٌ، وَقَبُولُ العَقدِ فِي الذِي فِيهِ الخِيَارُ وَإِن كَانَ شَرطًا لانعِقَادِ العَقدِ فِي الآخَرِ وَلَكِنَّ هَذَا غَيرُ مُفسِدٍ لِلعَقدِ لِكَونِهِ مَحَلا لِلبَيعِ كَمَا إِذَا جَمَعَ بَينَ قِنٍّ وَمُدَبَّرٍ. وَالثَّالِثُ أَن يُفَصِّل وَلا يُعَيِّنَ. وَالرَّابِعُ أَن يُعَيِّنَ وَلا يُفَصِّل، فَالعَقدُ فَاسِدٌ فِي الوَجهَينِ: إِمَّا لِجَهَالَةِ المَبِيعِ أَو لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلف) هَذِهِ المَسْأَلةُ عَلى أَرْبَعَة أَوْجُه لأَنَّ فِيهَا تَفْصِيلَ الثَّمَنِ وَتَعْيِينَ مَنْ فِيه الخِيَارُ فَإِمَّا أَنْ لا يَحْصُلا أَوْ حَصَلا جَمِيعًا، أَوْ حَصَلَ التَّفْصِيلُ دُونَ التَّعْيِينِ، أَوْ العَكْسُ مِنْ ذَلكَ. فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ بِأَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلف دِرْهَمٍ عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَسَدَ البَيْعُ لِجَهَالَةِ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ وَجَهَالَةُ أَحَدِهِمَا مُفْسِدَةٌ

فَجَهَالَتُهُمَا أَوْلى، وَذَلِكَ لأَنَّ الذي فِيهِ الخِيَارُ كَالخَارِجِ عَنْ العَقْدِ إِذْ العَقْدُ مَعَ الخِيَارِ لا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الحُكْمِ فَكَانَ الدَّاخِلُ فِي العَقْدِ أَحَدَهُمَا وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ وَمَا هُوَ كَذَلِكَ فَثَمَنُهُ مِثْلُهُ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسمائَةٍ عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ جَازَ البَيْعُ لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ مَعْلُومٌ، فَإِنْ قِيلَ: العَبْدُ الذي فِيهِ الخِيَارُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي الحُكْمِ وَقَبُولُ العَقْدِ فِيهِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ العَقْدِ الآخَرِ وَهُوَ شَرْطٌ مُفْسِدٌ كَقَبُولِ الحُرِّ فِي عَقْدِ القِنِّ إِذَا جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي البَيْعِ.

أَجَابَ المُصَنِّفُ بِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلعَقْدِ لِكَوْنِ مَنْ فِيهِ الخِيَارُ مَحَلا لِلبَيْعِ فَكَانَ دَاخِلا فِي العَقْدِ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ فِي الحُكْمِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا **جَمَعَ بَيْنَ قِنٍّ وَمُدَبَّرٍ فِي البَيْعِ**، فَإِنَّ المُدَبَّرَ مَحَلٌّ لِلبَيْعِ فَلَمْ يَكُنْ شَرْطُ قَبُولِ العَقْدِ فِيهِ مُفْسِدًا لِلعَقْدِ فِي الآخَرِ، بِخِلافِ مَا إِذَا **جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَقِنٍّ** فَإِنَّ الحُرَّ لَيْسَ بِمَحَلِ البَيْعِ أَصْلا فَلَمْ يَكُنْ دَاخِلا فِي العَقْدِ وَلا فِي الحُكْمِ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: فِي الجُمْلَةِ هُوَ شَرْطٌ لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ فَكَانَ مُفْسِدًا.

وَالجَوَابُ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَفْعٌ لأَحَدِ العَاقِدَيْنِ وَلا لِلمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلا يَكُونُ مُفْسِدًا. وَلَهُ لَمَظِنَّةُ فَضْلِ تَأَمُّلٍ مِنْكَ فَاحْتَطْ. وَإِنْ كَانَ الثَّالِثُ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ بِعْتُهمَا بِأَلفٍ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسمائَةٍ عَلى أَنِّي بِالخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا فَالبَيْعُ فَاسِدٌ أَيْضًا لِجَهَالَةِ المَبِيعِ، وَإِنْ كَانَ الرَّابِعُ فَلِجَهَالَةِ الثَّمَنِ.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ عَدَمُ التَّفْصِيلِ مُفْسِدًا لِلعَقْدِ فِي الآخَرِ لَفَسَدَ فِي القِنِّ إِذَا جَمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُدَبَّرِ أَوْ أُمِّ الوَلَدِ وَلَمْ يُفَصِّلِ الثَّمَنَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ التَّفْصِيلِ مُفْسِدٌ إِذَا أَدَّى إِلى البَيْعِ بِالحِصَّةِ ابْتِدَاءً فِيمَا إِذَا مَنَعَ عَنْ انْعِقَادِ العَقْدِ فِي حَقِّ الحُكْمِ مَانِعٌ كَشَرْطِ الخِيَارِ فَإِنَّهُ يَجْعَلُ العَقْدَ فِيمَا شُرِطَ فِيهِ الخِيَارُ فِي حَقِّ الحُكْمِ كَالمَعْدُومِ، فَلَوْ انْعَقَدَ فِي حَقِّ الآخَرِ انْعَقَدَ بِالحِصَّةِ ابْتِدَاءً وَهِيَ مَجْهُولَةٌ، وَلَيْسَ فِيمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ القِنِّ وَالمُدَبَّرِ مَا يَمْنَعُ عَنْ انْعِقَادِهِ فِي حَقِّ الحُكْمِ، وَلِهَذَا لَوْ قَضَى القَاضِي بِجَوَازِهِ نَفَذَ فَكَانَ قِسْمَةُ الثَّمَنِ فِي البَقَاءِ صِيَانَةً لِحَقٍّ مُحْتَرَمٍ عِنْدَ فَسْخِ العَقْدِ عَلى المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ لا ابْتِدَاءً بِالحِصَّةِ.

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوبَيْنِ عَلى أَن يَأخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ بِعَشَرَةٍ وَهُوَ بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَهُوَ

جَائِزٌ، وَكَذَا الثَّلاثَةُ، فَإِن كَانَت أَربعَةَ أَثْوَابٍ فَالبَيعُ فَاسِدٌ) وَالقِيَاسُ أَن يَفسُدَ البَيعُ فِي الكُل لجهَالَةِ المَبِيعِ، وَهُوَ قَولُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ. وَجهُ الاستِحسَانِ أَنَّ شَرعَ الخِيَارِ للحَاجَةِ إلى دَفعِ الغَبنِ ليَختَارَ مَا هُوَ الأَرفَقُ وَالأَوفَقُ، وَالحَاجَةُ إلى هَذَا النَّوعِ مِن البَيعِ مُتَحَقِّقَةٌ؛ لأَنَّهُ يَحتَاجُ إلى اختِيَارِ مَن يَثِقُ بِهِ أَو اختِيَارِ مَن يَشتَرِيهِ لأَجلِه، وَلا يُمَكِّنُهُ البَائِعُ مِن الحَمل إليهِ إلا بِالبَيعِ فَكَانَ فِي مَعنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرعُ، غَيرَ أَنَّ هَذِهِ الحَاجَةَ تَندَفِعُ بِالثَّلاثِ لوُجُودِ الجَيِّدِ وَالوَسَطِ وَالرَّدِيءِ فِيهَا، وَالجَهَالَةُ لا تُفضِي إلى المُنَازَعَةِ فِي الثَّلاثَةِ لتَعيِينِ مَن لهُ الخِيَارُ، وَكَذَا فِي الأَربَعِ، إلا أَنَّ الحَاجَةَ إليهَا غَيرُ مُتَحَقِّقَةٍ وَالرُّخصَةُ ثُبُوتُهَا بِالحَاجَةِ وَكَونُ الجَهَالَةِ غَيرَ مُفضِيَةٍ إلى المُنَازَعَةِ فَلا تَثبُتُ بِأَحَدِهِمَا. ثُمَّ قِيلَ: يُشتَرَطُ أَن يَكُونَ فِي هَذَا العَقدِ خِيَارُ الشَّرطِ مَعَ خِيَارِ التَّعيِينِ، وَهُوَ المَذكُورُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ. (وَقِيل لا يُشتَرَطُ وَهُوَ المَذكُورُ فِي الجَامِعِ الكَبِيرِ)، فَيَكُونُ ذِكرُهُ عَلى هَذَا الاعتِبَارِ وِفَاقًا لا شَرطًا؛ وَإِذَا لم يَذكُر خِيَارَ الشَّرطِ لا بُدَّ مِن تَوقِيتِ خِيَارِ التَّعيِينِ بِالثَّلاثِ عِندَهُ وَبِمُدَّةٍ مَعلُومَةٍ أَيَّتُهَا كَانَت عِندَهُمَا. ثُمَّ ذَكَرَ فِي بَعضِ النُّسَخِ: اشتَرَى ثَوبَينِ وَفِي بَعضِهَا اشتَرَى أَحَدَ الثَّوبَينِ وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّ المَبِيعَ فِي الحَقِيقَةِ أَحَدُهُمَا وَالآخَرُ أَمَانَةٌ، وَالأَوَّلُ تَجَوُّزٌ وَاستِعَارَةٌ. وَلو هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَو تَعَيَّبَ لزِمَهُ البَيعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ وَتَعَيَّنَ الآخَرُ للأَمَانَةِ لامتِنَاعِ الرَّدِّ بِالتَّعَيُّبِ، وَلو هَلَكَا جَمِيعًا مَعًا يَلزَمُهُ نِصفُ ثَمَنِ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا لشُيُوعِ البَيعِ وَالأَمَانَةِ فِيهِمَا. وَلو كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرطِ لهُ أَن يَرُدَّهُمَا جَمِيعًا. وَلو مَاتَ مَن لهُ الخِيَارُ فَلوَارِثِهِ أَن يَرُدَّ أَحَدَهُمَا؛ لأَنَّ البَاقِيَ خِيَارُ التَّعيِينِ للاختِلاطِ، وَلهَذَا لا يَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الوَارِثِ. وَأَمَّا خِيَارُ الشَّرطِ لا يُورَثُ وَقَد ذَكَرنَاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ عَلى أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهما شَاءَ) وَمَنْ قَال اشْتَرَيْت أَحَدَ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ عَلى أَنَّ لي أَنْ آخُذَ أَيَّهمَا شِئْت بعَشَرَة دَرَاهِمَ إلى ثَلاثَة أَيَّامٍ فَالبَيْعُ جَائزٌ اسْتحْسَانًا، وَكَذَا الأَثْوَابُ الثَّلاثَةُ، وَأَمَّا إذَا كَانَتْ الأَثْوَابُ أَرْبَعَةً فَالبَيْعُ فَاسدٌ، وَالقيَاسُ أَنْ يَفْسُدَ البَيْعُ في الاثْنَيْنِ وَالثَّلاثَة فَسَادَهُ في الأَرْبَعَة لأَنَّ المَبيعَ أَحَدُ الأَثْوَابِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَهُوَ مَجْهُولٌ جَهَالةً مُفْضيَةً إلى النِّزَاعِ لتَفَاوُتها في نَفْسهَا، وَمَا كَانَ كَذَلكَ فَهُوَ مُفْسدٌ للبَيْعِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافعيِّ رَحمَهُمَا اللهُ.

وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ فِيهِ الشَّرْعُ وَهُوَ خِيَارُ الشَّرْطِ فَجَازَ إِلْحَاقًا بِهِ، وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّ شَرْعَ خِيَارِ الشَّرْطِ لِلْحَاجَةِ إِلَى دَفْعِ الغَبْنِ لِيَخْتَارَ مَا هُوَ الأَوْفَقُ لَهُ وَالأَوْفَقُ وَالحَاجَةُ إِلَى هَذَا النَّوْعِ مِنْ البَيْعِ مُتَحَقِّقَةٌ، لأَنَّهُ رُبَّمَا (يَحْتَاجُ إِلَى اخْتِيَارِ مَنْ يَثِقُ بِهِ) لِخِبْرَتِهِ أَوْ اخْتِيَارِ مَنْ يَشْتَرِيهِ لأَجْلِهِ كَامْرَأَتِهِ وَبِنْتِهِ (وَالبَائِعُ لا يُمَكِّنُهُ مِنَ الحَمْلِ إِلَيْهِ إِلا بِالبَيْعِ) فَكَانَ بِاعْتِبَارِ الحَاجَةِ (فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ) وَلا نُسَلِّمُ أَنَّ (الجَهَالَةَ تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ) لأَنَّهُ لَمَّا اشْتَرَطَ الخِيَارَ لِنَفْسِهِ اسْتَبَدَّ بِالتَّعْيِينِ فَلَمْ يَبْقَ لَهُ مُنَازِعٌ فَكَانَ عِلَّةُ جَوَازِهِ مُرَكَّبَةً مِنْ الحَاجَةِ وَعَدَمِ كَوْنِ الجَهَالَةِ تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، فَأَمَّا عَدَمُ المُنَازَعَةِ فَإِنَّهُ ثَابِتٌ بِاشْتِرَاطِ الخِيَارِ لِنَفْسِهِ سَوَاءٌ كَانَتْ الأَثْوَابُ ثَلاثَةً أَوْ أَكْثَرَ، وَأَمَّا الحَاجَةُ فَإِنَّمَا تَتَحَقَّقُ فِي الثَّلاثَةِ لِوُجُودِ الجَيِّدِ وَالوَسَطِ وَالرَّدِيءِ فِيهِ، وَالزَّائِدُ يَقَعُ مُكَرَّرًا غَيْرَ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ فَانْتَفَى عَنْهُ جُزْءُ العِلَّةِ، وَالحُكْمُ لا يَثْبُتُ إِلا بِتَمَامِ عِلَّتِهِ، وَاعْلَمْ أَنَّ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللهُ ذَكَرَ هَذِهِ المَسْأَلَةَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَفِي المَأْذُونِ وَقَالَ وَهُوَ بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ.

وَذُكِرَ فِي الجَامِعِ الكَبِيرِ وَسَكَتَ عَنْ ذَلِكَ. وَعَلَى ذَلِكَ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ؛ فَقَالَ أَكْثَرُهُمْ: لا يَصِحُّ العَقْدُ مَا لَمْ يَشْتَرِطْ الخِيَارَ لِنَفْسِهِ وَقْتًا مَعْلُومًا ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَزِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ فِي قَوْلِهِمَا، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيِّ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَصِحُّ العَقْدُ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ الزِّيَادَةَ، وَذِكْرُهَا فِيمَا ذُكِرَ كَانَ اتِّفَاقًا لا قَصْدًا وَهُوَ اخْتِيَارُ فَخْرِ الإِسْلامِ حُجَّةُ الأَوَّلِينَ أَنَّ جَوَازَهُ بِطَرِيقِ الإِلْحَاقِ بِمَوْضِعِ السُّنَّةِ فَلا يَصِحُّ بِدُونِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّ عَدَمَ انْفِكَاكِ المُلْحَقِ عَنْ المُلْحَقِ بِهِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الإِلْحَاقِ، كَمَا أَنَّ القَضَاءَ وَالكَفَّارَةَ يَحْتَاجَانِ إِلَى الأَكْلِ وَالشُّرْبِ عَامِدًا فِي رَمَضَانَ مِنْ جِمَاعٍ مَعَ أَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا وَرَدَ بِهِ، وَحُجَّةُ الآخَرِينَ أَنَّ خِيَارَ التَّعْيِينِ مِمَّا لا يَتَوَقَّفُ فَلا يَتَعَلَّقُ جَوَازُ العَقْدِ بِتَمَلُّكِ الزِّيَادَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ العَقْدَ فِي خِيَارِ التَّعْيِينِ مَعَ خِيَارِ الشَّرْطِ لازِمٌ فِي غَيْرِ عَيْنٍ مِنْ غَيْرِ تَوْقِيتٍ عَلَى الأَيَّامِ الثَّلاثَةِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ خِيَارِ الشَّرْطِ فَلا بُدَّ مِنْهُ، وَهَذَا لأَنَّ الحَالَ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَذْكُرَ خِيَارَ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ أَوْ لا، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ فَلا بُدَّ مِنْ تَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِالثَّلاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّ مُدَّةٍ كَانَتْ عِنْدَهُمَا كَمَا فِي المُلْحَقِ بِهِ.

فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ لا يَجُوزَ خِيَارُ التَّعْيِينِ فِي الزَّائِدِ عَلَى الثَّلاثَةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لأَنَّهُ أَخَذَ بِالقِيَاسِ فِي قَوْلِهِ إِنْ لَمْ يَنْقُدْ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ فَلا بَيْعَ بَيْنَهُمَا. أُجِيبَ بِأَنَّ قَوْلَهُ إِنْ لَمْ يَنْقُدْ الثَّمَنَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ تَعْلِيقٌ فَلا يُلحَقُ بِخِيَارِ الشَّرْطِ فَلا يَكُونُ الأَثَرُ الوَارِدُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَارِدًا فِيهِ، بِخِلافِ خِيَارِ التَّعْيِينِ فَإِنَّهُ مِنْ جِنْسِ خِيَارِ الشَّرْطِ لأَنَّ فِي كُلٍّ مِنْهُمَا خِيَارًا بِغَيْرِ حَرْفِ التَّعْلِيقِ، فَكَانَ الأَثَرُ الوَارِدُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ وَارِدًا فِيهِ (وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا أَوْ تَعَيَّبَ لزِمَ البَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ وَتَعَيَّنَ الآخَرُ للأَمَانَةِ) حَتَّى إِذَا هَلَكَ الآخَرُ بَعْدَ هَلاكِ الأَوَّلِ أَوْ تَعَيَّبَ لا يَلزَمُ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَتِهِ شَيْءٌ، وَهَذَا لأَنَّ المَعِيبَ مُمْتَنِعُ الرَّدِّ لأَنَّ رَدَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا لَمْ يَتَعَيَّنْ مَبِيعًا وَهُوَ فِي دَعْوَاهُ ذَلِكَ مُتَّهَمٌ فَكَانَ التَّعَيُّبُ اخْتِيَارًا دَلالَةً. فَإِنْ قِيلَ: قَبْضُ الآخَرِ لا يَكُونُ أَقَل مِنْ المَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ وَهُنَا تَجِبُ القِيمَةُ عِنْدَ الهَلاكِ، أُجِيبَ بِأَنَّهُ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ لأَنَّ المَقْبُوضَ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ مَقْبُوضٌ عَلَى جِهَةِ البَيْعِ، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ الآخَرَ لِيَشْتَرِيَهُ وَقَدْ قَبَضَهُ بِإِذْنِ المَالِكِ فَكَانَ أَمَانَةً. فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ انْعَكَسَ حُكْمُ المَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا **طَلَقَ الرَّجُلُ إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ أَوْ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فَمَاتَتْ إِحْدَاهُمَا** فَإِنَّ البَاقِيَةَ تَتَعَيَّنُ للطَّلاقِ دُونَ الهَالِكَةِ، وَكَذَلِكَ فِي العِتَاقِ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ المَرْأَةَ إِذَا أَشْرَفَتْ عَلَى الهَلاكِ خَرَجَتْ عَنْ مَحَلِّيَّةِ وُقُوعِ الطَّلاقِ فَتَعَيَّنَتْ البَاقِيَةُ لِذَلِكَ، وَالثَّوْبُ إِذَا أَشْرَفَ عَلَيْهِ خَرَجَ عَنْ مَحَلِّيَّةِ الرَّدِّ لِتَعَيُّبِهِ فَتَعَيَّنَ لِكَوْنِهِ مَبِيعًا، وَلَوْ هَلَكَا جَمِيعًا مَعًا لزِمَهُ نِصْفُ ثَمَنِ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِعَدَمِ أَوْلَوِيَّةِ أَحَدِهِمَا لِكَوْنِهِ مَبِيعًا فَشَاعَ البَيْعُ وَالأَمَانَةُ فِيهِمَا وَأَمَّا إِذَا ذُكِرَ خِيَارُ الشَّرْطِ، فَيَثْبُتُ لَهُ خِيَارُ الشَّرْطِ، وَخِيَارُ التَّعْيِينِ لا يَتَوَقَّفُ عَلَى الأَيَّامِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا بِخِيَارِ الشَّرْطِ فِي الأَيَّامِ الثَّلاثَةِ لأَنَّهُ أَمِينٌ فِي أَحَدِهِمَا فَيَرُدُّهُ بِحُكْمِ الأَمَانَةِ، وَفِي الآخَرِ مُشْتَرٍ قَدْ شَرَطَ الخِيَارَ لِنَفْسِهِ فَيَتَمَكَّنُ مِنْ رَدِّهِ، فَإِذَا مَضَتْ الأَيَّامُ بَطَل خِيَارُ الشَّرْطِ فَلا يَمْلُكُ رَدَّهُمَا وَبَقِيَ لَهُ خِيَارُ التَّعْيِينِ فَيَرُدُّ أَحَدَهُمَا، وَإِنْ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا لزِمَهُ ثَمَنُهُ لأَنَّهُ عَيْنُ المَبِيعِ فِيهِ وَلزِمَهُ وَكَانَ فِي الآخَرِ أَمِينًا، فَإِنْ ضَاعَ عِنْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ.

وَلَوْ **مَاتَ المُشْتَرِي فِي الأَيَّامِ الثَّلاثَةِ بَطَل خِيَارُ الشَّرْطِ**، وَبَقِيَ للوَارِثِ خِيَارُ التَّعْيِينِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ أَحَدَهُمَا، أَمَّا بُطْلانُ خِيَارِ الشَّرْطِ فَلِمَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّهُ لا يُورَثُ، وَأَمَّا بَقَاءُ خِيَارِ التَّعْيِينِ فَلاخْتِلاطِ مِلكِهِ بِمِلكِ الغَيْرِ.

فَإِنْ قِيل: هَل لعُمُومِ قَوْله مَنْ لهُ الخيَارُ فَائدَةٌ؟ قُلت: كَأَنَّهُ إشَارَةٌ إلى أَنَّ خيَارَ التَّعْيين قَدْ يَكُونُ للبَائِع، فَإِنَّ الكَرْخِيَّ ذَكَرَ فِي مُخْتَصَرِه أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا. قَالُوا: وَإِلَيْه أَشَارَ مُحَمَّدٌ فِي المَأْذُون لأَنَّ هَذَا بَيْعٌ يَجُوزُ مَعَ خِيَارِ المُشْتَري فَيَجُوزُ مَعَ خِيَارِ البَيْعِ قِيَاسًا عَلى خِيَارِ الشَّرْط، وَذُكِرَ فِي المُجَرَّد أَنَّهُ لا يَجُوزُ لأَنَّ هَذَا البَيْعَ مَعَ خِيَارِ المُشْتَري إِنَّمَا جُوِّزَ بخِلافِ القِيَاسِ باعْتِبَارِ الحَاجَة إلى اخْتِيَارِ مَا هُوَ الأَرْفَقُ بحَضْرَة مَنْ يَقَعُ الشِّرَاءُ لهُ، وَهَذَا المَعْنَى لا يَتَأَتَّى فِي جَانب البَائع لأَنَّهُ لا حَاجَةَ لهُ إلى اخْتِيَارِ الأَرْفَقِ، إِذْ المَبيعُ كَانَ مَعَهُ قَبْل البَيْع، فَيُرَدُّ جَانبُ البَائِع إلى مُقْتَضَى القِيَاسِ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ مُحَمَّدٌ لا فِي بُيُوعِ الأَصْل وَلا فِي الجَامِعِ الصَّغيرِ، وَتَبَيَّنَ مِمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ المَبيعَ أَحَدُ الثَّوْبَيْنِ وَالآخَرَ أَمَانَةٌ، وَالتَّرْكِيبُ الدَّالُّ عَلى ذَلكَ حَقِيقَةً:

وَمَنْ اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ، وَقَدْ اخْتَلفَ نُسَخُ الجَامعِ الصَّغيرِ كَمَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ، فَفِي بَعْضِهَا اشْتَرَى أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ وَلا يَحْتَاجُ إلى مَعْذِرَة، وَفِي بَعْضهَا ثَوْبَيْنِ وَهُوَ مَجَازٌ، وَأَثْبَتَهَا فَخْرُ الإِسْلامِ وَقَال فِي وَجْه المَجَازِ إِنَّ كُل وَاحد منْهُمَا لَمَّا احْتَمَل أَنْ يَكُونَ مَبيعًا قَال: اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ وَقَال غَيْرُهُ هُوَ مِنْ بَابِ إِطْلاق اسْمِ الكُل عَلى البَعْضِ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢] أَضَافَ الخُرُوجَ إِلَيْهِمَا وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْ أَحَدهِمَا.

قَال (وَمَن اشتَرَى دَارًا عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فَبِيعَت دَارٌ أُخرَى بِجَنبِهَا فَأَخَذَهَا بِالشُّفعَةِ فَهُوَ رِضًا)؛ لأَنَّ طَلَبَ الشُّفعَةِ يَدُلُّ عَلى اختِيَارِهِ المِلكَ فِيهَا؛ لأَنَّهُ مَا ثَبَتَ إلا لدَفعِ ضَرَرِ الجِوَارِ وَذَلكَ بِالاستِدَامَةِ فَيَتَضَمَّنُ ذَلكَ سُقُوطَ الخِيَارِ سَابِقًا عَليهِ فَيَثبُتُ المِلكُ مِن وَقتِ الشِّرَاءِ فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ الجِوَارَ كَانَ ثَابِتًا، وَهَذَا التَّقرِيرُ يُحتَاجُ إليهِ لمَذهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا عَلى أَنَّهُ بالخيَار) رَجُلٌ اشْتَرَى دَارًا بخيَارِ الشَّرْط (فَبيعَتْ دَارٌ أُخْرَى بجَانبهَا فِي مُدَّة الخيَارِ فَأَخَذَهَا بالشُّفْعَة فَذَلكَ الأَخْذُ رضًا) يَسْقُطُ به الخيَارُ لأَنَّ أَخْذَهُ بطَلب الشُّفْعَة وَطَلَبُهُ الشُّفْعَةَ دَليلٌ عَلى اخْتيَار الملك، لأَنَّ طَلبَ الشُّفْعَة لا يَثْبُتُ إلا لدَفْع ضَرَر الجوَار، وَالجوَارُ يَثْبُتُ باسْتدَامَة الملك، وَاسْتدَامَةُ الملك تَقْتَضي الملكَ وَلا ملكَ مَعَ الخيَار فَيَسْقُطُ الخيَارُ، وَيَثْبُتُ الملكُ منْ وَقْت الشِّرَاء فَكَانَ الجوَارُ

ثَابتًا عنْدَ بَيْعِ الدَّارِ الثَّانيَة وَهُوَ مُوجَبُ الشُّفْعَة، وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُحْتَاجُ إليْه لمَذْهَب أَبي حَنيفَةَ خَاصَّةً لأَنَّ خيَارَ المُشْتَرِي يَمْنَعُ دُخُول المَبِيعِ فِي ملكه وَلا بُدَّ مِنْهُ لاسْتحْقَاق الشُّفْعَة، وَأَمَّا عنْدَهُمَا فَإِنَّ المَبِيعَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِه فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَة وَيَسْقُطَ بذَلكَ خيَارُهُ، لأَنَّ الشُّفْعَةَ لدَفْعِ ضَرَرِ الجَارِ الدَّخِيل وَالإِنْسَانُ لا يَدْفَعُ ضَرَرَ الجَارِ فِي دَارٍ يُرِيدُ رَدَّهَا. قَال شَمْسُ الأَئمَّة: أَمَّا وُجُوبُ الشُّفْعَة للمُشْتَرِي فَوَاضحٌ عَلى مَذْهَبهمَا لأَنَّهُ مَالكٌ للدَّارِ المَبِيعَة، وَأَمَّا عنْدَ أَبي حَنيفَةَ فَلأَنَّهُ صَارَ أَحَقَّ بِالتَّصَرُّف فِيهَا وَذَلكَ يَكْفيه لاسْتحْقَاق الشُّفْعَة بهَا كَالمَأْذُون المُسْتَغْرَق بالدَّيْن وَالمُكَاتَب إذَا بِيعَتْ دَارٌ بجَنْبِ دَارهمَا فَإِنَّهُمَا يَسْتَحِقَّان الشُّفْعَةَ وَإِنْ لَمْ يَمْلكَا رَقَبَةَ دَارهمَا، بِخِلاف مَا إذَا كَانَ الخِيَارُ للبَائعِ لأَنَّ المُشْتَرِيَ لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بالتَّصَرُّف فيهَا.

وَلو اشتَرَى دَارًا لم يَرَهَا فَبِيعَت بِجَنبِهَا دَارٌ أُخرَى فَأَخَذَ بِالشُّفعَةِ لم يَسقُط خِيَارُ الرُّؤيَةِ لأَنَّهُ لم يَسقُط بِصَرِيحِ الإِسقَاطِ بِدُونِ الرُّؤيَةِ فَكَذَا بِدَلالتِهِ وَسَيَأتِي.

قَال (وَإِذَا اشتَرَى الرَّجُلانِ عَبدًا عَلى أَنَّهُمَا بِالخِيَارِ فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا فَليسَ للآخَرِ أَن يَرُدَّهُ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: لهُ أَن يَرُدَّهُ، وَعَلى هَذَا الخِلافِ خِيَارُ العَيبِ وَخِيَارُ الرُّؤيَةِ، لهُمَا أَنَّ إِثبَاتَ الخِيَارِ لهُمَا إِثبَاتُهُ لكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا فَلا يَسقُطُ بِإِسقَاطِ صَاحِبِهِ لمَا فِيهِ مِن إِبطَال حَقِّهِ.

وَلهُ أَنَّ المَبِيعَ خَرَجَ عَن مِلكِهِ غَيرَ مَعِيبٍ بِعَيبِ الشَّرِكَةِ، فَلو رَدَّهُ أَحَدُهُمَا رَدَّهُ مَعِيبًا بِهِ وَفِيهِ إِلزَامُ ضَرَرٍ زَائِدٍ، وَليسَ مِن ضَرُورَةِ إِثبَاتِ الخِيَارِ لهُمَا الرِّضَا بِرَدِّ أَحَدِهِمَا لتَصَوُّرِ اجتِمَاعِهِمَا عَلى الرَّدِّ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلانِ عَبْدًا عَلى أَنَّهُمَا بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ فَلَيْسَ للآخَرِ أَنْ يَرُدَّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: لهُ أَنْ يَرُدَّهُ) وَكَذَا إِذَا اشْتَرَيَاهُ وَرَضِيَ أَحَدُهُمَا بِعَيْبٍ فِيهِ، وَكَذَا لوْ اشْتَرَيَاهُ وَلَمْ يَرَيَاهُ ثُمَّ رَأَيَاهُ (لهُمَا أَنَّ إِثْبَاتَ الخِيَارِ لهُمَا إِثْبَاتُ الخِيَارِ لكُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا) وَكُلُّ مَا هُوَ ثَابتٌ لكُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لا يَسْقُطُ بِإِسْقَاط صَاحِبه لمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَال حَقِّه. وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّا لا نُسَلمُ أَنَّ إِثْبَاتَ الخِيَارِ لهُمَا إِثْبَاتٌ لكُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ وَكَّل وَكِيلَيْنِ أَثْبَتَ الوَكَالةَ لهُمَا وَلَيْسَ

لأحَدهمَا أنْ يَتصرَّفَ دُونَ الآخرِ. ولَهُ أنَّ المَبيعَ خرَجَ عَنْ ملكه غَيْرَ مَعيب بعَيْب الشَّركَة لأنَّ **الشَّركَةَ في الأعْيَان المُجْتَمعَة** عَيْبٌ فَإنَّ البَائعَ قَبْل البَيْعِ كَانَ مُتَمكّنًا منْ الانْتفَاعِ مَتَى شَاءَ، وَبَعْدَهُ إذَا رَدَّ البَعْضَ لا يَتَمكَّنُ إلا مُهَايَأَةً، وَالخِيَارُ يَثْبُتُ نَظَرًا لمَنْ هُوَ لهُ عَلى وَجْه لا يَلحَقُ الضَّرَرُ منْهُ بغَيْرِه، وَإنَّمَا قَيَّدَ الضَّرَرَ بالزَّائد لأنَّ في امْتنَاعِ الرَّدِّ ضَرَرًا أيْضًا للرَّادِّ، لكنْ لمَّا لَمْ يَكُنْ منَ الغَيْرِ بَل لعَجْزِه عَنْ إيجَاد شَرْط الرَّدِّ كَانَ دُونَ الأوَّل، فَإنَّ الضَّرَرَ الحَاصل منْ الغَيْرِ أقْطَعُ وَأفْجَعُ منْ الحَاصل منْ نَفْسه.

فَإنْ قيل: بَيْعُهُ منْهُمَا رضًا منْهُ لعَيْبِ التَّبْعيضِ. أُجيبَ بأنَّهُ إنْ سَلمَ فَهُوَ رضًا به في ملكهمَا لا في ملك نَفْسه. فَإنْ قيل: حَصَلَ العَيْبُ في يَد البَائعِ بفعْله لأنَّ تَفرُّقَ الملك إنَّمَا هُوَ بالعَقْد قَبْل القَبْضِ قُلنَا: بَل حَصَلَ بفعْل المُشْتَري بردِّ نصْفه، وَالمُشْتَري إذَا عَيَّبَ المَعْقُودَ عَلَيْه في يَد البَائعِ لَيْسَ لهُ أنْ يَرُدَّهُ بحُكْمِ خيَارِه، لكنَّ هَذَا العَيْبَ بعَرْضِ الزَّوَال لمُسَاعَدَة الآخرِ عَلى الرَّدِّ فَإذَا امْتَنَعَ ظَهَرَ عَمَلُهُ (قَوْلُهُ وَلَيْسَ منْ ضَرُورَة إثْبَات الخيَارِ) جَوَابٌ لهُمَا.

وَتَقْريرُهُ أنَّ إثْبَاتَ الخيَارِ لهُمَا لَيْسَ عَيْنَ الرِّضَا بردِّ أَحَدهمَا وَهُوَ ظَاهرٌ، وَلا الرِّضَا بردِّ أحَدهمَا لازمٌ منْ لوَازمِ إثْبَات الخيَارِ لهُمَا لتَصوُّرِ الانْفكَاك بتَصوُّرِ اجْتمَاعهمَا عَلى الرَّدِّ، فَلا يَلزَمُ منْ إثْبَات الخيَارِ لهُمَا الرِّضَا بردِّ أحَدهمَا.

قَال (وَمَن بَاعَ عبدًا على أنَّهُ خبَّازٌ أو كَاتبٌ وَكَانَ بخلافِهِ فَالمُشتَري بالخيَارِ إن شَاءَ أخَذَهُ بجَميعِ الثَّمَنِ وَإن شَاءَ تَرَكَ)؛ لأنَّ هَذَا وَصفٌ مَرغُوبٌ فيهِ فَيُستَحَقُّ فِي العَقدِ بالشَّرطِ، ثُمَّ فَوَاتُهُ يُوجِبُ التَّخييرَ؛ لأنَّهُ مَا رَضِيَ بِهِ دُونَهُ، وَهَذَا يَرجِعُ إلى اختِلافِ النَّوعِ لقِلةِ التَّفَاوُتِ فِي الأغرَاضِ، فَلا يَفسُدُ العَقدُ بعَدَمِهِ بمَنزِلةِ وَصفِ الذُّكُورَةِ وَالأنُوثَةِ فِي الحَيَوَانَاتِ وَصَارَ كَفَوَاتِ وَصفِ السَّلامَةِ، وَإذَا أخَذَهُ أخَذَهُ بجَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لأنَّ الأوصَافَ لا يُقَابلُهَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ لكَونِهَا تَابعَةً فِي العَقدِ عَلى مَا عُرِفَ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلى أنَّهُ خَبَّازٌ أوْ كَاتبٌ) رَجُلٌ اشْتَرَى عَبْدًا عَلى أنَّهُ خَبَّازٌ أَوْ كَاتبٌ فَكَانَ بخلافه بأنْ لَمْ يَعْلَمْ منْ الخُبْزِ وَالكتَابَة مَا يُسَمَّى به الفَاعلُ خَبَّازًا أوْ كَاتبًا فَهُوَ بالخيَارِ بَيْنَ أخْذه بجَميعِ الثَّمَنِ وَبَيْنَ رَدِّه إذَا لَمْ يَمْتَنعْ الرَّدُّ بسَبَبٍ منْ

الأَسْبَاب، فَإِنْ امْتَنَعَ بِذَلكَ رَجعَ المُشْتَرِي عَلى البَائِع بِحصَّته مِنْ الثَّمَنِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة يُقَوَّمُ العَبْدُ كَاتِبًا أَوْ خَبَّازًا عَلى أَدْنَى مَا يُطْلَقُ عَلَيْه الاسْمُ إِذْ هُوَ المُسْتَحَقُّ بِمُطْلَقِ الشَّرْطِ لا النِّهَايَة فِي ذَلكَ كَمَا فِي وَصْف السَّلامَة المُسْتَحَقِّ بِمُطْلَقِ العَقْد وَيُقَوَّمُ غَيْرُ كَاتِبٍ وَخَبَّازٍ فَيُنْظَرُ إلى تَفَاوُت مَا بَيْنَهُمَا فَيَرْجعُ عَلَيْه بِذَلكَ، أَمَّا رَدُّهُ فَلأَنَّ هَذَا الوَصْفَ وَصْفٌ مَرْغُوبٌ فِيه وَهُوَ ظَاهرٌ، وَهُوَ احْترَازٌ عَمَّا لَيْسَ بِمَرْغُوبٍ فيه كَمَا إِذَا **بَاعَ عَلى أَنَّهُ أَعْوَرُ فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ** فَإِنَّهُ لا يُوجِبُ الخِيَارَ، وَكُلُّ مَا هُوَ وَصْفٌ مَرْغُوبٌ فيه يُسْتَحَقُّ فِي العَقْد بِالشَّرْط لأَنَّهُ لرُجُوعه إلى صِفَة الثَّمَنِ أَوْ المُثَمَّنِ كَانَ مُلائمًا للعَقْد، أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ كَانَ مَوْجُودًا فِي المَبِيعِ لدَخَل فِي العَقْد بِلا ذكْرٍ فَلا يَكُونُ مُفْسدًا لهُ، وَنُوقضَ بِمَا إِذَا بَاعَ **شَاةً عَلى أَنَّهَا حَاملٌ أَوْ عَلى أَنَّهَا تَحْلُبُ كَذَا** فَإِنَّ البَيْعَ فِيه وَفِي أَمْثَاله فَاسدٌ وَالوَصْفُ مَرْغُوبٌ فيه.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ ذَلكَ لَيْسَ بِوَصْفٍ بَل اشْترَاطُ مقْدَارٍ مِنْ المَبِيعِ مَجْهُولٌ وَضَمُّ المَعْلُومِ إلى المَجْهُول يُصَيِّرُ الكُل مَجْهُولا، وَلهَذَا لوْ شَرَطَ أَنَّهَا حَلُوبٌ أَوْ لبُونٌ لا يَفْسُدُ لكَوْنه وَصْفًا مَرْغُوبًا فيه ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ، سَلمْنَاهُ لكنَّهُ مَجْهُولٌ لَيْسَ فِي وُسْعِ البَائِع تَحْصِيلُهُ وَلا إلى مَعْرِفَته سَبِيلٌ، بِخلاف مَا نَحْنُ فيه فَإِنَّ لهُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِالخَبْزِ وَالكِتَابَة فَيَظْهَرُ حَالُهُ، وَأَمَّا انْتفَاخُ البَطْنِ فَقَدْ يَكُونُ مِنْ رِيحٍ، وَعَلى تَقْدِيرِ كَوْنه وَلدًا لا نَعْلمُ حَيَاتَهُ وَمَوْتَهُ وَلا سَبِيل إلى مَعْرِفَته، وَإِذَا ثَبَتَ ذَلكَ فَفَوَاتُهُ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ لأَنَّ المُشْتَرِيَ مَا رَضِيَ بِالمَبِيعِ دُونَ ذَلكَ الوَصْف فَيَتَخَيَّرُ وَلا يَفْسُدُ العَقْدُ لأَنَّ هَذَا الاخْتلافَ أَيْ الذي يَكُونُ مِنْ حَيْثُ فَوَاتُ الوَصْف المَرْغُوب فيه هُنَا رَاجعٌ إلى اخْتلافِ النَّوْعِ لقلة التَّفَاوُت فِي الأَغْرَاضِ فَلا يَفْسُدُ العَقْدُ بِعَدَمِ ذَلكَ الوَصْف.

كَمَا إِذَا اشْتَرَى شَاةً عَلى أَنَّهَا نَعْجَةٌ فَإِذَا هِيَ حَمَلٌ فَصَارَ الأَصْلُ أَنَّ الاخْتلافَ الحَاصل بِالوَصْف إِنْ كَانَ مِمَّا يُوجِبُ التَّفَاوُتَ الفَاحشَ فِي الأَغْرَاضِ كَانَ رَاجعًا إلى الجنْسِ، كَمَا إِذَا **بَاعَ عَبْدًا فَإِذَا هِيَ جَارِيَةٌ** وَيَفْسُدُ به العَقْدُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يُوجِبُهُ كَانَ رَاجعًا إلى النَّوْعِ كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ المثَال فَلا يُفْسدُهُ، لكنَّهُ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ لفَوَات وَصْف السَّلامَة، وَأَمَّا أَخْذُهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ فَلأَنَّ الأَوْصَافَ لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ لكَوْنهَا تَابِعَةً فِي العَقْد تَدْخُلُ مِنْ غَيْرِ ذكْرٍ عَلى مَا عُرِفَ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَاللهُ أَعْلمُ.

بَابُ خِيَارِ الرُّؤيَةِ

قَال (وَمَن اشتَرَى شَيئًا لم يَرَهُ فَالبَيعُ جَائِزٌ، وَلهُ الخيَارُ إِذَا رَآهُ، إن شَاءَ أَخَذَهُ) بِجَمِيعِ الثَّمَنِ (وَإِن شَاءَ رَدَّهُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا يَصِحُ العَقدُ أَصلا؛ لأَنَّ المَبِيعَ مَجهُولٌ. وَلنَا قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن اشتَرَى شَيئًا لم يَرَهُ فَلهُ الخيَارُ إِذَا رَآهُ»[(١)]؛ وَلأَنَّ الجهَالةَ بِعَدَمِ الرُّؤيَةِ لا تُفضِي إلى المُنَازَعَةِ، لأَنَّهُ لو لم يُوَافِقهُ يَرُدُّهُ، فَصَارَ كَجَهَالةِ الوَصفِ فِي المُعَايِنِ المُشَارِ إليهِ.

الشرح:

(بَابُ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ): قَدَّمَ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ عَلَى خِيَارِ العَيْبِ لِكَوْنِهِ أَقْوَى مِنْهُ، إِذْ كَانَ تَأْثِيرُهُ فِي مَنْعِ تَمَامِ البَيْعِ وَتَأْثِيرُ خِيَارِ العَيْبِ فِي مَنْعِ لُزُومِ الحُكْمِ، قَال القُدُورِيُّ: مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَالبَيْعُ جَائِزٌ، مَعْنَاهُ أَنْ يَقُول الرَّجُلُ لِغَيْرِهِ بِعْتُك الثَّوْبَ الذي فِي كُمِّي هَذَا وَصِفَتُهُ كَذَا أَوْ الدُّرَّةَ التِي فِي كُمِّي هَذِهِ وَصِفَتُهَا كَذَا أَوْ لَمْ يَذْكُرْ الصِّفَةَ أَوْ يَقُول بِعْت مِنْك هَذِهِ الجَارِيَةَ المُنْتَقِبَةَ فَإِنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَلهُ الخِيَارُ إِذَا رَآهُ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لا يَجُوزُ وَكَذَا العَيْبُ الغَائِبُ المُشَارُ إلى مَكَانِهِ وَلَيْسَ فِي ذَلكَ المَكَانِ بِذَلكَ الاسْمِ غَيْرُ مَا سَمَّى وَالمَكَانُ مَعْلُومٌ بِاسْمِهِ وَالعَيْنُ مَعْلُومَةٌ. قَال صَاحِبُ الأَسْرَارِ: لأَنَّ كَلامَنَا فِي عَيْنٍ هُوَ بِحَالٍ لوْ كَانَتْ الرُّؤْيَةُ حَاصِلةً لكَانَ البَيْعُ جَائِزًا: أَيْ بِالإِجْمَاعِ.

قَال الشَّافِعِيُّ: المَبِيعُ مَجْهُولٌ وَالمَجْهُولُ لا يَصِحُّ بَيْعُهُ كَالبَيْعِ بِالرَّقْمِ (وَلنَا قَوْلُهُ ﷺ «**مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلهُ الخِيَارُ إِذَا رَآهُ**») وَهُوَ نَصٌّ فِي البَابِ فَلا يُتْرَكُ بِلا مُعَارِضٍ، فَإِنْ قِيل: هُوَ مُعَارَضٌ بِحَدِيثِ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ وَهُوَ أَنَّهُ قَال: قَال عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا تَبِعْ مَا لَيسَ عِنْدَكَ**» وَالمُرَادُ مَا لَيْسَ بِمَرْئِيٍّ لِلمُشْتَرِي لإِجْمَاعِنَا عَلَى أَنَّ المُشْتَرِيَ إِذَا كَانَ قَدْ رَآهُ فَالعَقْدُ جَائِزٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاضِرًا عِنْدَ العَقْدِ.

قُلنَا: بَل المُرَادُ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ مَا لَيسَ فِي مِلكِهِ بِدَلِيل قِصَّةِ الحَدِيث، فَإِنَّ «حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ ﷺ قَال يَا رَسُول اللهِ إِنَّ الرَّجُل يَطْلُبُ مِنِّي سِلعَةً لَيْسَتْ عِنْدِي فَأَبِيعُهَا مِنْهُ ثُمَّ أَدْخُلُ السُّوقَ فَأَسْتَجِيدُهَا فَأَشْتَرِيهَا فَأُسَلِمُهَا إِلَيْهِ، فَقَال عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: **لا تَبِعْ مَا لَيْسَ**

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/٤، ٥) رقم (١٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٤٢٥).

عِنْدَكَ»[1] وَقَدْ أَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ **عَيْنًا مَرْئِيًّا لَمْ يَمْلِكْهُ ثُمَّ مَلَكَهُ** فَلَمَ لَمْ يَجُزْ؟ وَذَلِكَ دَلِيلٌ وَاضِحٌ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا لَيْسَ فِي مِلْكِه، وَالْمَعْقُولُ وَهُوَ أَنَّ الْجَهَالَةَ بِعَدَمِ الرُّؤْيَةِ لا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ مَعَ وُجُودِ الْخِيَارِ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُوَافِقْهُ رَدَّهُ وَلا نِزَاعَ ثَمَّةَ يَقْتَضِي خِيَارَهُ، وَإِنَّمَا أَفْضَتْ إِلَيْهَا لَوْ قُلْنَا بِانْبِرَامِ الْعَقْدِ وَلَمْ يَقُل بِهِ فَصَارَ ذَلِكَ كَجَهَالَةِ الْوَصْفِ فِي الْمُعَايَنِ الْمُشَارِ إِلَيْهِ بِأَنْ **اشْتَرَى ثَوْبًا مُشَارًا إِلَيْهِ غَيْرَ مَعْلُومِ عَدَدُ ذُرْعَانِه** فَإِنَّهُ يَجُوزُ لِكَوْنِهِ مَعْلُومَ الْعَيْنِ، وَإِنْ كَانَ ثَمَّةَ جَهَالَةٌ لِكَوْنِهَا لا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، وَعُورِضَ بِأَنَّ **الْبَيْعَ نَوْعَانِ:** بَيْعُ عَيْنٍ، وَبَيْعُ دَيْنٍ، وَطَرِيقُ الْمَعْرِفَةِ فِي الثَّانِي هُوَ الْوَصْفُ وَفِي الأَوَّلِ الْمُشَاهَدَةُ، ثُمَّ مَا هُوَ طَرِيقٌ إِلَى الثَّانِي إِذَا تَرَاخَى عَنْ حَالَةِ الْعَقْدِ فَسَدَ الْعَقْدُ، وَكَذَلِكَ مَا هُوَ طَرِيقٌ إِلَى الأَوَّلِ وَهُوَ الْمُشَاهَدَةُ إِذَا تَرَاخَى فَسَدَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْمُعَارَضَةَ سَاقِطَةٌ لأَنَّ السَّلَمَ إِنَّمَا لا يَجُوزُ عِنْدَ تَرْكِ الْوَصْفِ لإِفْضَاءِ الْجَهَالَةِ إِلَى الْمُنَازَعَةِ وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ

(وَكَذَا إِذَا قَالَ رَضِيت ثُمَّ رَآهُ لَهُ أَن يَرُدَّهُ) لأَنَّ الخِيَارَ مُعَلَّقٌ بِالرُّؤيَةِ لِمَا رَوَينَا فَلا يَثبُتُ قَبلَهَا، وَحَقُّ الفَسخِ قَبل الرُّؤيَةِ بِحُكمِ أَنَّهُ عَقدٌ غَيرُ لازِمٍ لا بِمُقتَضَى الحَدِيثِ، وَلأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيءِ قَبل العِلمِ بِأَوصَافِهِ لا يَتَحَقَّقُ فَلا يُعتَبَرُ قَولُهُ رَضِيت قَبل الرُّؤيَةِ بِخِلافِ قَولِهِ رَدَدت.

الشرح:

(قَوْلُهُ وَكَذَا إِذَا قَال) تَفْرِيعٌ عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ: يَعْنِي كَمَا أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ إِذَا لَمْ يَقُل رَضِيت فَكَذَا إِذَا قَال ذَلِكَ وَلَمْ يَرَهُ ثُمَّ رَآهُ، لأَنَّ الْخِيَارَ مُعَلَّقٌ بِالرُّؤْيَةِ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ وَالْمُعَلَّقُ بِالشَّيْءِ لا يَثْبُتُ قَبْلَهُ لِئَلا يَلْزَمَ وُجُودُ الْمَشْرُوطِ بِدُونِ الشَّرْطِ، وَلأَنَّهُ لَوْ لَزِمَ الْعَقْدُ بِالرِّضَا قَبْل الرُّؤْيَةِ لَزِمَ امْتِنَاعُ الْخِيَارِ عِنْدَهَا، وَهُوَ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ عِنْدَهَا فَمَا أَدَّى إِلَى إِبْطَالِه فَهُوَ بَاطِلٌ (قَوْلُهُ وَحَقُّ الْفَسْخِ) جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْرِيرُهُ: لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْخِيَارُ قَبْل الرُّؤْيَةِ لَمَا كَانَ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ قَبْل الرُّؤْيَةِ لأَنَّهُ مِنْ نَتَائِجِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهُ كَالْقَبُول فَكَانَ مُعَلَّقًا بِهَا فَلا يُوجَدُ قَبْلَهَا.

وَتَقْرِيرُ الْجَوَابِ أَنَّ حَقَّ الْفَسْخِ بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لازِمٍ لأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ مُنْبَرِمًا

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٣)، والترمذي (١٢٣٢)، والنسائي (٤٢٩٩).

فَجَازَ فَسْخُهُ لِوَهَاءٍ فِيهِ، أَلا تَرَى أَنَّ كُل وَاحد مِنْ العَاقِدَيْنِ فِي عَقْدِ الوَدِيعَة وَالعَارِيَّة وَالوَكَالَة يَمْلِكُ الفَسْخَ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ لُزُومِ العَقْدِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لهُ خِيَارٌ لا شَرْطًا وَلا شَرْعًا، بِخلاف الرِّضَا فَإِنَّهُ ثَابتٌ بِمُقْتَضَى الحَديث فَلا يَجُوزُ إِثْبَاتُهُ عَلى وَجْه يُؤَدِّي إلى بُطْلانه كَمَا مَرَّ آنفًا، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ عَدَمَ لُزُومِ هَذَا العَقْد بِاعْتِبَارِ الخِيَارِ فَهُوَ مَلزُومٌ للخيَارِ وَالخِيَارُ مُعَلقٌ بِالرُّؤْيَة لا يُوجَدُ بِدُونِهَا فَكَذَا مَلزُومُهُ لأَنَّ مَا هُوَ شَرْطُ اللازِمِ فَهُوَ شَرْطٌ للمَلزُومِ (قَوْلُهُ وَلأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ) جَوَابُ سُؤَالٍ آخَرَ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الإِمْضَاءَ للرِّضَا وَالرِّضَا بِالشَّيْءِ (لا يَتَحَقَّقُ قَبْل العِلمِ بِأَوْصَافه) لأَنَّ الرِّضَا اسْتحْسَانُ الشَّيْءِ وَاسْتحْسَانُ مَا لَمْ يُعْلَمْ مَا يُحَسِّنُهُ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ. وَأَمَّا الفَسْخُ فَإِنَّمَا هُوَ لعَدَمِ الرِّضَا، وَهُوَ لا يَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَة المُحْسنَات.

لا يُقَالُ: عَدَمُ الرِّضَا لاسْتقْبَاحِ الشَّيْءِ وَاسْتقْبَاحُ مَا لَمْ يُعْلَمْ مَا يُقَبِّحُهُ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ، لأَنَّ عَدَمَ الرِّضَا قَدْ يَكُونُ بِاعْتِبَارِ مَا بَدَا لهُ مِنْ انْتفَاءِ احْتيَاجه إلى المَبِيعِ أَوْ ضَيَاعِ ثَمَنه أَوْ اسْتغْلائه فَلا يَلزَمُ الاسْتقْبَاحُ. ذَكَرَ فِي التُّحْفَة أَنَّ جَوَازَ الفَسْخِ قَبْل الرُّؤْيَة لا رِوَايَةَ فِيه، وَلكنَّ المَشَايخَ اخْتَلفُوا؛ فَقَال بَعْضُهُمْ: لا يَصِحُّ قِيَاسًا عَلى الإِجَارَة، وَقَال بَعْضُهُمْ: يَصِحُّ دُونَ الإِجَارَة وَهُوَ مُخْتَارُ المُصَنِّف.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ مَا لم يَرَهُ فَلا خِيَارَ لهُ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ: أَوَّلا لهُ الخِيَارُ اعتِبَارًا بِخِيَارِ العَيبِ وَخِيَارِ الشَّرطِ وَهَذَا؛ لأَنَّ لُزُومَ العَقدِ بِتَمَامِ الرِّضَا زَوَالا وَثُبُوتًا وَلا يَتَحَقَّقُ ذَلكَ إلا بِالعِلمِ بِأَوصَافِ المَبِيعِ، وَذَلكَ بِالرُّؤيَةِ فَلم يَكُن البَائعُ رَاضِيًا بِالزَّوَال. وَوَجهُ القَول المَرجُوعِ إليهِ أَنَّهُ مُعلقٌ بِالشِّرَاءِ لمَا رَوَينَا فَلا يَثبُتُ دُونَهُ. وَرُوِيَ أَنَّ عُثمَانَ بنَ عَفَّانَ بَاعَ أَرضًا لهُ بِالبَصرَةِ مِن طَلحَةَ بنِ عُبَيدِ اللهِ فَقِيل لطَلحَةَ: إنَّك قَد غُبِنت، فَقَال: لي الخِيَارُ؛ لأَنِّي اشتَرَيت مَا لم أَرَهُ. وَقِيل لعُثمَانَ: إنَّك قَد غُبِنت، فَقَال: لي الخِيَارُ؛ لأَنِّي بِعت مَا لم أَرَهُ. فَحَكَّمَا بَينَهُمَا جُبَيرَ بنَ مُطعِمٍ. فَقَضَى بِالخِيَارِ لطَلحَةَ، وَكَانَ ذَلكَ بِمَحضَرٍ مِن الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ) مَنْ وَرِثَ شَيْئًا فَبَاعَهُ قَبْل الرُّؤْيَة صَحَّ البَيْعُ وَلا خِيَارَ لهُ عِنْدَنَا. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ أَوَّلا: لهُ الخِيَارُ اعْتبَارًا بِخِيَارِ العَيْبِ فَإِنَّهُ لا

يَختَصُّ بِجَانِبِ المُشْتَرِي، بَل إِذَا وَجَدَ البَائِعُ الثَّمَنَ زَيْفًا فَهُوَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ جَوَّزَهُ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ كَالمُشْتَرِي وَإِذَا وَجَدَ المَبِيعَ مَعِيبًا، لكنَّ العَقْدَ لا يَنْفَسِخُ بِرَدِّ الثَّمَنِ وَيَنْفَسِخُ بِرَدِّ المَبِيعِ لأَنَّهُ أَصْلٌ دُونَ الثَّمَنِ، وَبِخِيَارِ الشَّرْطِ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنْ الجَانِبَيْنِ كَمَا تَقَدَّمَ (وَهَذَا) أَيْ الخِيَارُ لِلبَائِعِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ (أَنَّ لُزُومَ العَقْدِ بِتَمَامِ الرِّضَا زَوَالا) أَيْ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ (وَثُبُوتًا) أَيْ مِنْ جِهَةِ المُشْتَرِي (وَتَمَامُ الرِّضَا لا يَتَحَقَّقُ إلا بِالعلمِ بِأَوْصَافِ المَبِيعِ وَذَلِكَ بِالرُّؤْيَةِ) فَإِنَّ بِالرُّؤْيَةِ يَحْصُلُ بِالاطِّلاعِ عَلَى دَقَائِقَ لا تَحْصُلُ بِالعِبَارَةِ (فَلَمْ يَكُنْ البَائِعُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ) فَيَكُونُ العَقْدُ غَيْرَ لازِمٍ مِنْ جِهَتِهِ فَلَهُ الفَسْخُ.

(وَجْهُ القَوْلِ المَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالشِّرَاءِ فَلا يَثْبُتُ دُونَهُ) كَمَا تَقَدَّمَ. فَإِنْ قِيلَ: البَائِعُ مِثْلُ المُشْتَرِي فِي الاحْتِيَاجِ لِتَمَامِ الرِّضَا فَيُلحَقُ بِهِ دَلالَةً. أُجِيبَ بِأَنَّهُمَا لَيْسَا بِسَبَبَيْنِ فِيهِ، لأَنَّ الرَّدَّ مِنْ جَانِبِ المُشْتَرِي بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ كَانَ يَظُنُّهُ خَيْرًا مِمَّا اشْتَرَى فَيَرُدُّهُ لِفَوَاتِ الوَصْفِ المَرْغُوبِ فِيهِ، وَالبَائِعُ لَوْ رَدَّ لَرَدَّهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّ المَبِيعَ أَزْيَدُ مِمَّا ظُنَّ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا بِشَرْطِ أَنَّهُ مَعِيبٌ فَإِذَا هُوَ صَحِيحٌ لَمْ يَثْبُتْ لِلبَائِعِ خِيَارٌ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ لا يُلحَقُ بِهِ، قِيلَ المُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يُوجَدُ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ بِسَبَبٍ آخَرَ وَهَاهُنَا وُجِدَ القِيَاسُ عَلَى المُشْتَرِي وَالخِيَارَيْنِ فَلْيَجُزْ مِنْ البَائِعِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ غَيْرُ مَعْقُولِ المَعْنَى فَلا يَجُوزُ فِيهِ القِيَاسُ، سَلَّمْنَاهُ لَكِنَّ القِيَاسَ عَلَى مُخَالَفَةِ الإِجْمَاعِ بَاطِلٌ، وَتَحْكِيمُ جُبَيْرٍ بَيْنَ عُثْمَانَ وَطَلْحَةَ كَانَ بِمَحْضَرٍ مِنْ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ فَكَانَ إِجْمَاعًا عَلَى مَا ذُكِرَ فِي المَتْنِ فَبَطَلَ الإِلحَاقُ دَلالَةً وَقِيَاسًا، وَلِهَذَا رَجَعَ أَبُو حَنِيفَةَ حِينَ بَلَغَهُ الحَدِيثُ.

ثُمَّ خِيَارُ الرُّؤيَةِ غَيرُ مُؤَقَّتٍ بَل يَبقَى إلى أَن يُوجَدَ مَا يُبطِلُهُ، وَمَا يُبطِلُ خِيَارَ الشَّرطِ مِن تَعَيُّبٍ أَو تَصَرُّفٍ يُبطِلُ خِيَارَ الرُّؤيَةِ، ثُمَّ إن كَانَ تَصَرُّفًا لا يُمكِنُ رَفعُهُ كَالإعتَاقِ وَالتَّدبِيرِ أَو تَصَرُّفًا يُوجِبُ حَقًّا للغَيرِ كَالبَيعِ المُطلقِ وَالرَّهنِ وَالإجَارَةِ يُبطِلُهُ قَبل الرُّؤيَةِ وَبَعدَهَا؛ لأَنَّهُ لَمَّا لزِمَ تَعَذُّرُ الفَسخِ فَبطَل الخِيَارُ وَإن كَانَ تَصَرُّفًا لا يُوجِبُ حَقًّا للغَيرِ كَالبَيعِ بِشَرطِ الخِيَارِ، وَالمُسَاوَمَةُ وَالهِبَةُ مِن غَيرِ تَسلِيمٍ لا يُبطِلُهُ قَبل الرُّؤيَةِ؛ لأَنَّهُ لا يَربُو على صَرِيحِ الرِّضَا وَيُبطِلُهُ بَعدَ الرُّؤيَةِ لوُجُودِ دَلالَةِ الرِّضَا.

الشرح:

قَال (**ثُمَّ خِيَارُ الرُّؤْيَة غَيْرُ مُوَقَّت**) قِيل خِيَارُ الرُّؤْيَة يُوقَّتُ بوَقْتِ إمْكَانِ الفَسْخِ بَعْدَ الرُّؤيَة، حَتَّى لوْ وَقَعَ بَصَرُهُ عَلَيْه ولَمْ يَفْسَخْ سَقَطَ حَقُّهُ لأنَّهُ خِيَارٌ تَعَلق بالاطِّلاع عَلَى حَال المَبيع فَأشْبَهَ الرَّدَّ بالعَيْب. وَالأصَحُّ عِنْدَنَا أنَّهُ بَاقٍ مَا لَمْ يُوجَدْ مَا يُبْطِلُهُ لأنَّهُ ثَبَتَ حُكْمًا لانْعدَامِ الرِّضَا فَيَبْقَى إلى أنْ يُوجَدَ مَا يُبْطِلُ عَدَمَ الرِّضَا، ثُمَّ مَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعَيُّبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّؤْيَة.

ولَمْ يَذْكُرْ مَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ فِي بَابِه. وَالضَّابطُ فِي ذَلكَ أنَّ المُشْتَرِيَ بالخِيَارِ إذَا فَعَل فِي المَبيعِ مَا يُمْتَحَنُ بِهِ مَرَّةً وَيَحلُّ فِي غَيْرِ الملك بحَالٍ لا يَكُونُ ذَلكَ دَليل الاخْتِيَارِ، وَإلا لبَطَلَتْ فَائدَةُ الخِيَارِ لأنَّهَا إمْكَانُ الرَّدِّ عنْدَ عَدَمِ المُوَافَقَة بَعْدَ الامْتِحَان، فَإنْ لزمَهُ البَيْعُ بفعْلِ مَا يُمْتَحَنُ بِهِ أوَّل مَرَّةٍ فَاتَتْ فَائدَةُ الخِيَارِ. وَيُعْلمُ مِنْ هَذَا أنَّهُ إذَا فَعَل مَا لا يُمْتَحَنُ بِهِ أَوْ يُمْتَحَنُ به لكنَّهُ لا يَحلُّ فِي غَيْرِ الملك بحَالٍ أَوْ يُمْتَحَنُ بِهِ وَيَحلُّ فِي غَيْرِ الملك لكنْ فَعَلهُ مَرَّةً ثَانيَةً كَانَ دَليل الاخْتِيَار، فَعَلى هَذَا إذَا **اشْتَرَى جَارِيَةً للخدْمَة بالخِيَارِ فَاسْتَخْدَمَهَا مَرَّةً** لَمْ يَبْطُل خِيَارُهُ لأنَّهُ ممَّا يُمْتَحَنُ به وَيَحلُّ فِي غَيْرِ الملكِ فِي الجُمْلة، فَلوْ اسْتَخْدَمَهَا مَرَّةً ثَانيَةً فِي ذَلكَ النَّوْعِ مِنْ الخدْمَة كَانَ اخْتيَارًا للملك لعَدَمِ الحَاجَة إليْهَا وَلحُصُول الامْتحَان بالأُولى، وَلوْ وَطئَهَا بَطَل خِيَارُهُ لأنَّهُ وَإنْ كَانَ ممَّا يُمْتَحَنُ بِهِ لأنَّ صَلاحَهَا للوَطْءِ قَدْ لا يُعْلمُ بالنَّظَر، لكنْ لا يَحلُّ الوَطْءُ فِي غَيْرِ الملك فَكَانَ اخْتيَارًا لهُ. قِيل: يُشْكلُ عَلى هَذَا الكُليِّ مَسْألَتَان: إحْدَاهُمَا: أنَّهُ لوْ **اشْتَرَى دَارًا لَمْ يَرَهَا فَبيعَتْ بجَنْبهَا دَارٌ فَأَخَذَهَا بالشُّفْعَة** لَمْ يَبْطُل خِيَارُ الرُّؤْيَة فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة وَبَطَل خِيَارُ الشَّرْط. وَالثَّانيَةُ إذَا **عَرَضَ المَبيعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ عَلى البَيْعِ** بَطَل خِيَارُ الشَّرْطِ وَلا يَبْطُلُ خِيَارُ الرُّؤْيَة.

وَالمَسْألَتَانِ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانْ. وَأُجِيبَ بأنَّ الأصْل فيهِمَا هُوَ أنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَة لا يَبْطُلُ بصَريحِ الرِّضَا قَبْل الرُّؤْيَة لمَا ذَكَرْنَا فَلا يَبْطُلُ بدَليل الرِّضَا بالطَّرِيقِ الأوْلى لأنَّهُ دُونَهُ. ثُمَّ الأخْذُ بالشُّفْعَة وَالعَرْضُ عَلى البَيْعِ دَليلُ الرِّضَا فَلذَلكَ لا يَعْمَلان فِي إبْطَال خِيَارِ الرُّؤْيَة، وَفيه نَظَرٌ لأنَّهُ ليْسَ بدَافِعٍ. وَالحَقُّ أنَّ الإشْكَال ليْسَ بوَارِدٍ لأنَّهُ قَال: وَمَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنْ تَعَيُّبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّؤْيَة، وَهُوَ ليْسَ بكُليٍّ مُطْلقٍ بَل

مُقَيَّدٌ بِأَنْ يَكُونَ تَعَيُّبًا أَوْ تَصَرُّفًا: يَعْنِي فِي المَبِيعِ، وَالأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ وَالعَرْضُ عَلَى البَيْعِ لَيْسَا مِنْهُمَا فَلا يَكُونَانِ وَارِدَيْنِ. ثُمَّ التَّصَرُّفُ الذي يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ عَلَى ضَرْبَيْنِ: تَصَرُّفٌ يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ وَبَعْدَهَا، وَتَصَرُّفٌ لا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ وَيُبْطِلُهُ بَعْدَهَا.

فَأَمَّا الأَوَّلُ فَهُوَ الذي لا يُمْكِنُ رَفْعُهُ كَالإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ، أَوْ الذي يُوجِبُ حَقًّا لِلغَيْرِ كَالبَيْعِ المُطْلَقِ عَنْ خِيَارِ الشَّرْطِ، وَالبَيْعِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ لِلمُشْتَرِي وَالرَّهْنِ وَالإِجَارَةِ، وَهَذَا لأَنَّ هَذَا التَّصَرُّفَ يَعْتَمِدُ المِلكَ وَمِلكُ المُتَصَرِّفِ فِي العَيْنِ قَائِمٌ فَصَادَفَ المَحَلَ وَنَفَذَ وَبَعْدَ نُفُوذِهِ لا يَقْبَلُ الفَسْخَ وَالرَّفْعَ فَتَعَذَّرَ الفَسْخُ وَبَطَلَ الخِيَارُ ضَرُورَةً، وَكَذَلِكَ تَعَلُّقُ حَقِّ الغَيْرِ مَانِعٌ مِنْ الفَسْخِ فَيَبْطُلُ الخِيَارُ، حَتَّى لَوْ **افْتَكَّ الرَّهْنَ أَوْ مَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ أَوْ رَدَّ المُشْتَرَى عَلَيْهِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ ثُمَّ** رَآهُ لا يَكُونُ لَهُ الرَّدُّ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا مَا قِيلَ إِنَّ بُطْلانَ الخِيَارِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ مُخَالِفٌ لِحُكْمِ النَّصِّ الذي رَوَيْنَاهُ. وَالثَّانِي أَنَّ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ إِمَّا أَنْ تَكُونَ صَرِيحَ الرِّضَا أَوْ دَلالَتَهُ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لا يُبْطِلُ الخِيَارَ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ فَكَيْفَ أَبْطَلَتْهُ؟ وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ ذَاكَ فِيمَا أَمْكَنَ العَمَلُ بِحُكْمِ النَّصِّ، وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ لِصُدُورِهَا عَنْ أَهْلِهَا مُضَافَةً إِلَى مَحَلِّهَا انْعَقَدَتْ صَحِيحَةً، وَبَعْدَ صِحَّتِهَا لا يُمْكِنُ رَفْعُهَا فَيَسْقُطُ الخِيَارُ ضَرُورَةً.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ دَلالَةَ الرِّضَا لا تَرْبُو عَلَى صَرِيحِهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ مِنْ ضَرُورَاتِ صَرِيحٍ آخَرَ، وَهَاهُنَا هَذِهِ الدَّلالَةُ مِنْ ضَرُورَةِ صِحَّةِ التَّصَرُّفَاتِ المَذْكُورَةِ وَالقَوْلُ بِصِحَّتِهَا مَعَ انْتِفَاءِ اللازِمِ مُحَالٌ. وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ الذي لا يُوجِبُ حَقًّا لِلغَيْرِ كَالبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ لِنَفْسِهِ وَالمُسَاوَمَةُ وَالهِبَةُ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ لا يُبْطِلُ الخِيَارَ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ لأَنَّهُ لا يَرْبُو عَلَى صَرِيحِ الرِّضَا: أَيْ لا يَزِيدُ عَلَيْهِ، وَصَرِيحُ الرِّضَا لا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ فَدَلالَتُهُ أَوْلَى: يَعْنِي إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ ضَرُورَاتِ الغَيْرِ وَيُبْطِلُهُ بَعْدَهَا لِوُجُودِ الدَّلالَةِ مَعَ عَدَمِ المَانِعِ

(قَالَ: وَمَنْ نَظَرَ إِلَى وَجْهِ الصُّبْرَةِ، أَوْ إِلَى ظَاهِرِ الثَّوْبِ مَطْوِيًّا أَوْ إِلَى وَجْهِ الجَارِيَةِ أَوْ إِلَى وَجْهِ الدَّابَّةِ وَكَفَلِهَا فَلا خِيَارَ لَهُ) وَالأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ رُؤْيَةَ جَمِيعِ المَبِيعِ غَيْرُ مَشْرُوطٍ لِتَعَذُّرِهِ فَيَكْتَفِي بِرُؤْيَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى العِلمِ بِالمَقْصُودِ. وَلَو دَخَلَ فِي البَيْعِ أَشْيَاءُ، فَإِن كَانَ لا تَتَفَاوَتُ آحَادُهَا كَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، وَعَلامَتُهُ أَن يَعرِضَ بِالنُّمُوذَجِ يَكْتَفِي بِرُؤْيَةِ وَاحِدٍ مِنهَا إِلا إِذَا كَانَ البَاقِي أَردَأَ مِمَّا رَأَى فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ الخِيَارُ. وَإِن كَانَ

تَتَفَاوَت آحَادُهَا كَالثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ لا بُدَّ مِن رُؤيَةِ كُل وَاحِدٍ مِنهَا، وَالجوزُ وَالبيضُ مِن هَذَا القَبِيل فِيمَا ذَكَرَهُ الكَرخِيُّ، وَكَانَ يَنبَغِي أَن يَكُونَ مِثل الحِنطَةِ وَالشَّعِيرِ لكَونِهَا مُتَقَارِبَةً. إذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ: النَّظَرُ إلى وَجهِ الصُّبرَةِ كَافٍ؛ لأَنَّهُ يَعرِفُ وَصفَ البَقِيَّةِ؛ لأَنَّهُ مَكِيلٌ يُعرَضُ بِالنَّمُوذَجِ، وَكَذَا النَّظَرُ إلى ظَاهِرِ الثَّوبِ مِمَّا يَعلمُ بِهِ البَقِيَّةَ إلا إذَا كَانَ فِي طَيِّهِ مَا يَكُونُ مَقصُودًا كَمَوضِعِ العَلَمِ، وَالوَجهُ هُوَ المَقصُودُ فِي الآدَمِيِّ، وَهُوَ وَالكَفَلُ فِي الدَّوَابِّ فَيُعتَبَرُ رُؤيَةُ المَقصُودِ وَلا يُعتَبَرُ رُؤيَةُ غَيرِهِ. وَشَرَطَ بَعضُهُم رُؤيَةَ القَوَائِمِ. وَالأَوَّلُ هُوَ المَروِيُّ عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ. وَفِي شَاةِ اللحمِ لا بُدَّ مِن الجَسِّ لأَنَّ المَقصُودَ وَهُوَ اللحمُ يُعرَفُ بِهِ. وَفِي شَاةِ القِنيَةِ لا بُدَّ مِن رُؤيَةِ الضَّرعِ. وَفِيمَا يُطعَمُ لا بُدَّ مِن الذَّوقِ لأَنَّ ذَلكَ هُوَ المُعَرِّفُ للمَقصُودِ.

الشرح:

(قَال وَمَنْ نَظَرَ إلى وَجْهِ الصُّبْرَة) اعْلَمْ أَنَّ المَبِيعَ إمَّا أَنْ يَكُونَ شَيْئًا وَاحِدًا أَوْ أَشْيَاءَ مُتَعَدِّدَةً، وَالثَّانِي إمَّا أَنْ يَكُونَ مُتَفَاوِتَ الآحَادِ أَوْ لا، فَذَلكَ أَقْسَامٌ ثَلاثَةٌ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَليْسَ رُؤْيَةُ الجَمِيعِ شَرْطًا لبُطْلانِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، لأَنَّ رُؤْيَةَ الجَمِيعِ قَدْ تَكُونُ مُتَعَذِّرَةً كَمَا إذَا كَانَ عَبْدًا أَوْ جَارِيَةً فَإِنَّ فِي رُؤْيَةِ جَمِيعِ بَدَنِهِمَا رُؤْيَةَ عَوْرَتِهِمَا، وَذَلكَ فِي العَبْدِ لا يَجُوزُ أَصْلا فُسِخَ العَقْدُ أَوْ لَمْ يُفْسَخْ، وَفِي **الأَمَةِ لوْ فُسِخَ العَقْدُ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ بَعْدَ رُؤْيَةِ عَوْرَتِهَا** كَانَ النَّظَرُ فِي عَوْرَتِهَا وَاقِعًا فِي غَيْرِ المِلكِ لأَنَّ العَقْدَ ارْتَفَعَ بِالفَسْخِ مِنْ أَصْلهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فَكَانَ النَّظَرُ الوَاقِعُ حَرَامًا، وَكَذَا إذَا كَانَ المَبِيعُ ثَوْبًا مَطْوِيًّا فَإِنَّ البَائِعَ يَتَضَرَّرُ بِانْكِسَارِ ثَوْبِهِ بِالطَّيِّ وَالنَّشْرِ فَيُكْتَفَى بِرُؤْيَةِ مَا يَدُلُّ عَلى العِلمِ بِالمَقْصُودِ عَلى حَسَبِ اخْتِلافِ المَقَاصِدِ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي كَالثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ وَالبَيْضِ وَالجَوْزِ فِيمَا ذَكَرَهُ الكَرْخِيُّ فَلا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ كُل وَاحِدٍ، لأَنَّ رُؤْيَةَ البَعْضِ لا تُعَرِّفُ البَاقِيَ لتَفَاوُتٍ فِي آحَادِهِ. وَإِنْ كَانَ الثَّالثُ كَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ وَالعَدَدِيِّ المُتَقَارِبِ وَالجَوْزِ وَالبَيْضِ عَلى مَا مَال إليْهِ المُصَنِّفُ يُكْتَفَى بِرُؤْيَةِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، لأَنَّ بِرُؤْيَةِ البَعْضِ يُعْرَفُ البَاقِي لعَدَمِ التَّفَاوُتِ، وَعَلامَةُ عَدَمِ التَّفَاوُتِ أَنْ يُعْرَضَ بِالنَّمُوذَجِ إلا أَنْ يَكُونَ البَاقِي أَرْدَأَ مِنْهَا، فَعَلى هَذَا إذَا نَظَرَ إلى وَجْهِ الصُّبْرَةِ بَطَل الخِيَارُ لأَنَّهُ يُعْرَفُ البَاقِي لأَنَّهُ مَكِيلٌ يُعْرَضُ بِالنَّمُوذَجِ وَالنَّظَرُ إلى ظَاهِرِ

الثَّوْبِ مَطْوِيًّا مِمَّا يُعَرِّفُ البَقِيَّةَ إلا أَنْ يَكُونَ فِي طَيِّه مَا كَانَ مَقْصُودًا كَمَوْضِعِ العِلمِ) وَإِذَا نَظَرَ إلى وَجْهِ الآدَمِيِّ بَطَل الخِيَارُ لأَنَّهُ هُوَ المَقْصُودُ بِهِ فِي العَبْدِ وَالأَمَةِ وَسَائِرِ الأَعْضَاءِ تَبَعًا لهُ، أَلا تَرَى أَنَّ تَفَاوُتَ القِيمَةِ بِتَفَاوُتِ الوَجْهِ مَعَ التَّسَاوِي فِي سَائِرِ الأَعْضَاءِ، وَإِذَا نَظَرَ إلى الوَجْهِ أَوْ الكِفْل فِي الدَّابَّةِ بَطَل الخِيَارُ لأَنَّهُمَا مَقْصُودَانِ فِي الدَّوَابِّ.

هَذَا هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ. وَشَرَطَ بَعْضُهُمْ رُؤْيَةَ القَوَائِمِ لأَنَّهَا مَقْصُودَةٌ فِي الدَّوَابِّ، فَإِنْ كَانَ المَكِيلُ وَالمَوْزُونُ وَالعَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ فِي وِعَاءَيْنِ فَرَآهَا فِي أَحَدِهِمَا فَإِنْ كَانَ مَا فِي الآخَرِ مِثْل مَا رَأَى أَوْ فَوْقَهُ بَطَل الخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ دُونَهُ فَهُوَ عَلَى الخِيَارِ، لكِنْ إذَا رَدَّ رَدَّ الكُل لئَلا تَتَفَرَّقَ الصَّفْقَةُ، وَإِذَا اشْتَرَى شَاةً فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ للحْمِ أَوْ للقُنْيَةِ أَيْ الدَّرِّ وَالنَّسْل، فَفِي الأَوَّل لا بُدَّ مِنْ الجَسِّ لأَنَّ المَقْصُودَ إنَّمَا يُعْرَفُ بِهِ، وَفِي الثَّانِي لا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ الضَّرْعِ، وَفِي المَطْعُومَاتِ لا بُدَّ مِنْ الذَّوْقِ لأَنَّهُ المُعَرِّفُ للمَقْصُودِ.

(قَال وَإِن رَأَى صَحنَ الدَّارِ فَلا خِيَارَ لهُ وَإِن لم يُشَاهِد بُيُوتَهَا) وَكَذَلكَ إذَا رَأَى خَارِجَ الدَّارِ أَو رَأَى أَشجَارَ البُستَانِ مِن خَارِجٍ. وَعِندَ زُفَرَ لا بُدَّ مِن دُخُول دَاخِلِ البُيُوتِ، وَالأَصَحُّ أَنَّ جَوَابَ الكِتَابِ عَلَى وِفَاقِ عَادَتِهِم فِي الأَبنِيَةِ، فَإِنَّ دُورَهُم لم تَكُن مُتَفَاوِتَةً يَومَئِذٍ، فَأَمَّا اليَومُ فَلا بُدَّ مِن الدُّخُول فِي دَاخِل الدَّارِ للتَّفَاوُتِ، وَالنَّظَرُ إلى الظَّاهِرِ لا يُوقِعُ العِلمَ بِالدَّاخِل.

الشرح:

(قَال: وَمَنْ رَأَى صَحْنَ الدَّارِ فَلا خِيَارَ لهُ) **رُؤْيَةُ صَحْنِ الدَّارِ أَوْ خَارِجَهَا وَرُؤْيَةُ أَشْجَارِ البُسْتَانِ مِنْ خَارِجٍ** تُسْقِطُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ.

لأَنَّ كُل جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا مُتَعَذِّرُ الرُّؤْيَةِ كَمَا تَحْتَ السُّرُرِ وَبَيْنَ الحِيطَانِ مِنْ الجُذُوعِ وَالأُسْطُوَانَاتِ وَحِينَئِذ سَقَطَ شَرْطُ رُؤْيَةِ الكُل فَأَقَمْنَا رُؤْيَةَ مَا هُوَ المَقْصُودُ مِنْ الدَّارِ مَقَامَ رُؤْيَةِ الكُل، فَإِذَا **كَانَ فِي الدَّارِ بَيْتَانِ شَتْوِيَّانِ وَبَيْتَانِ صَيْفِيَّانِ** يُشْتَرَطُ رُؤْيَةُ الكُل كَمَا يُشْتَرَطُ رُؤْيَةُ صَحْنِ الدَّارِ وَلا يُشْتَرَطُ رُؤْيَةُ المَطْبَخِ وَالمَزْبَلةِ وَالعُلوِ إلا فِي بَلدٍ يَكُونُ العُلوُ مَقْصُودًا كَمَا فِي سَمَرْقَنْدَ.

وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلى: لا بُدَّ مِنْ دُخُول دَاخِلِ البُيُوت وَالأَصَحُّ أَنَّ جَوَابَ الكِتَاب: أَيْ القُدُورِيِّ عَلى وِفَاقِ عَادَتِهِمْ بِالكُوفَة أَوْ بَغْدَادَ فِي الأَبْنِيَة، فَإِنَّهَا تَخْتَلِفُ بِالضِّيقِ وَالسَّعَة، وَفِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ يَكُونُ كَصَفْقَة وَاحِدَة، وَهَذَا يَصِيرُ مَعْلُومًا بِالنَّظَرِ إِلى جُدْرَانِهَا مِنْ خَارِجٍ، فَأَمَّا اليَوْمُ يُرِيدُ بِهِ دِيَارَهُمْ فَلا بُدَّ مِنْ الدُّخُول فِي دَاخِلِ الدَّارِ لِلتَّفَاوُتِ فِي مَالِيَّةِ الدُّورِ بِقِلةِ مَرَافِقِهَا وَكَثْرَتِهَا، فَالنَّظَرُ إِلى الظَّاهِرِ لا يُوقِعُ العِلمَ بِالبَاطِنِ وَهَذِهِ نُكْتَةُ زُفَرَ.

قَال (وَنَظَرُ الوَكِيل كَنَظَرِ المُشتَرِي حَتَّى لا يَرُدَّهُ إلا مِن عَيبٍ، وَلا يَكُونُ نَظَرُ الرَّسُول كَنَظَرِ المُشتَرِي، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالا: هُمَا سَوَاءٌ، وَلَهُ أَن يَرُدَّهُ) قَال مَعنَاهُ الوَكِيلُ بِالقَبضِ، فَأَمَّا الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ فَرُؤيَتُهُ تُسقِطُ الخِيَارَ بِالإِجمَاعِ، لَهُمَا أَنَّهُ تَوَكَّل بِالقَبضِ دُونَ إِسقَاطِ الخِيَارِ فَلا يَملكُ مَا لم يَتَوَكَّل بِهِ وَصَارَ كَخِيَارِ العَيبِ وَالشَّرطِ وَالإِسقَاطِ قَصدًا. وَلَهُ أَنَّ القَبضَ نَوعَانِ: تَامٌّ وَهُوَ أَن يَقبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ. وَنَاقِصٌ، وَهُوَ أَن يَقبِضَهُ مَستُورًا وَهَذَا؛ لأَنَّ تَمَامَهُ بِتَمَامِ الصَّفقَةِ وَلا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤيَةِ وَالمُوَكِّلُ مَلكَهُ بِنَوعَيهِ، فَكَذَا الوَكِيلُ. وَمَتَى قَبَضَ المُوَكِّلُ وَهُوَ يَرَاهُ سَقَطَ الخِيَارُ فَكَذَا الوَكِيلُ لإِطلاقِ التَّوكِيل. وَإِذَا قَبَضَهُ مَستُورًا انتَهَى التَّوكِيلُ بِالنَّاقِصِ مِنهُ فَلا يَملكُ إِسقَاطَهُ قَصدًا بَعدَ ذَلكَ، بِخِلافِ خِيَارِ العَيبِ؛ لأَنَّهُ لا يَمنَعُ تَمَامَ الصَّفقَةِ فَيَتِمُّ القَبضُ مَعَ بَقَائِهِ، وَخِيَارُ الشَّرطِ عَلى هَذَا الخِلافِ. وَلو سُلمَ فَالمُوَكِّلُ لا يَملكُ التَّامَّ مِنهُ فَإِنَّهُ لا يَسقُطُ بِقَبضِهِ؛ لأَنَّ الاختِيَارَ وَهُوَ المَقصُودُ بِالخِيَارِ يَكُونُ بَعدَهُ، فَكَذَا لا يَملكُهُ وَكِيلُهُ، وَبِخِلافِ الرَّسُول؛ لأَنَّهُ لا يَملكُ شَيئًا وَإِنَّمَا إِليهِ تَبلِيغُ الرِّسَالَةِ وَلهَذَا لا يَملكُ القَبضَ، وَالتَّسليمَ إِذَا كَانَ رَسُولا فِي البَيعِ.

الشرح:

قَال (وَنَظَرُ الوَكِيل كَنَظَرِ المُشْتَرِي) قِيل صُورَةُ التَّوْكِيل أَنْ **يَقُول المُشْتَرِي لغَيْرِه كُنْ وَكِيلا عَنِّي فِي قَبْضِ المَبِيعِ أَوْ وَكَّلتُك بِذَلِكَ**. وَصُورَةُ الإِرْسَال أَنْ يَقُول كُنْ رَسُولا عَنِّي أَوْ أَرْسَلتُك أَوْ أَمَرْتُك بِقَبْضِه.

وَقِيل لا فَرْقَ بَيْنَ الوَكِيل وَالرَّسُول فِيمَا إِذَا قَال أَمَرْتُك بِقَبْضِه إِذَا نَظَرَ الوَكِيلُ بِالقَبْضِ إِلى المَبِيعِ وَقَبْضُهُ يُسقِطُ خِيَارَ المُشْتَرِي فَلا يَرُدُّهُ إِلا بِعَيْبٍ عَلمَهُ الوَكِيلُ أَوْ لمْ

يَعْلمْ. وَقَال الفَقيهُ أَبو جعْفَر: إذَا كَانَ عَيْبًا يَعْلمُهُ الوَكيلُ يَجبُ أَنْ يَبْطُل خيَارُ العَيْبِ بالقَبْضِ إليْه، فَإذَا نَظَرَ الرَّسُولُ وَقَبضَهُ لا يَسْقُطُ خيَارُ المُشْتَري فَلهُ أَنْ يَرُدَّهُ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ، وَقَالا: نَظَرُ الرَّسُول لا يَسْقُطُ بالاتِّفَاق، وَنَظَرُ الوَكيل كَنَظَره فَهُمَا سَوَاءٌ في عَدَمِ سُقُوط خيَارِ المُشْتَري وَلهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَلمَّا كَانَتْ روَايَةُ الجَامعِ الصَّغيرِ مُطْلَقَةً في الوَكيل وَالوَكيلُ بالشِّرَاء لَيْس حُكْمُهُ كَذَلكَ فَسَّرَ المُصَنِّفُ بقَوْله مَعْنَاهُ الوَكيلُ بالقَبْضِ.

فَأَمَّا الوَكيلُ بالشِّرَاءِ فَرُؤْيَتُهُ تُسْقطُ الخيَارَ بالإجْمَاعِ لأَنَّ حُقُوقَ العَقْد تَرْجعُ إليْه (لهُمَا أَنَّهُ توَكَّل) أَيْ قَبْل الوَكَالة (بالقَبْضِ دُونَ إسْقَاط الخيَارِ) وَمَا لمْ يَتَوَكَّل به لا يَمْلكُ التَّصرُّفَ فيه وَكَالةً (فَلا يَمْلكُ) إسْقَاطَ الخيَارِ لأَنَّهُ تَصرُّفٌ فيمَا لمْ يَتوَكَّل به فَصَارَ كَمَنْ **اشْتَرَى شَيْئًا ثُمَّ وَكَّل وَكيلا بقَبْضه فَقَبَضَ الوَكيلُ مَعيبًا رَائيًا عَيْبَهُ** لمْ يَسْقُطْ خيَارُ العَيْبِ للمُوكِّل، وَكَمَنْ **اشْتَرَى بخيَار الشَّرْط وَوَكَّل بقَبْضه فَقَبَضَهُ** لمْ يَسْقُطْ خيَارُ الشَّرْط للمُوكِّل، وَكَمَا إذَا **وَكَّل بقَبْضِ المَبيع فَقَبَضَهُ مَسْتُورًا ثُمَّ رَآهُ الوَكيلُ فَأَسْقطَ الخيَارَ قَصْدًا** لا يَسْقُطُ خيَارُ المُوكِّل. وَدَليلُ أَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ مَبْنيٌّ عَلى مُقَدِّمَة هيَ (أَنَّ **القَبْضَ عَلى نَوْعَيْن**: تَامٌّ وَهُوَ أَنْ يَقْبضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ، وَنَاقصٌ وَهُوَ أَنْ يَقْبضَهُ وَهُوَ مَسْتُورٌ) (قَوْلُهُ وَهَذَا) إشَارَةٌ إلى تَنَوُّعه بالنَّوْعَيْنِ، وَبَيَانُهُ (أَنَّ تَمَامَ القَبْضِ بتَمَام الصَّفْقَة وَلا تَتمُّ) الصَّفْقَةُ (مَعَ بَقَاءِ خيَارِ الرُّؤْيَة) لأَنَّ تَمَامَهَا تَنَاهيهَا في اللُّزُومِ بحَيْثُ لا يَرْتَدُّ إلا برضَاهُ أَوْ قَضَاءً، وَخيَارُ الرُّؤْيَة وَالشَّرْط يَمْنَعَان عَنْ ذَلكَ، وَإذَا ظَهَرَ هَذَا قُلنَا: المُوَكِّلُ مَلكَ القَبْضَ بنَوْعَيْه، وَكُلُّ مَنْ مَلكَهُ بنَوْعَيْه مَلكَهُ وَكيلُهُ كَذَلكَ عنْدَ إطْلاق التَّوْكيل عَمَلا بإطْلاقه. فَإنْ قيل: لا نُسَلمُ ذَلكَ فَإنَّ الوَكيل إذَا قَبَضَهُ قَبْضًا نَاقصًا ثُمَّ رَآهُ أَسْقَطَ الخيَارَ قَصْدًا لمْ يَسْقُطْ وَالمُوَكِّلُ لوْ فَعَل ذَلكَ يَسْقُطُ الخيَارُ فَليْسَ الوَكيلُ كَالمُوَكِّل في القَبْضِ النَّاقصِ لا مَحَالةَ.

أَجَابَ المُصَنِّفُ رَحمَهُ اللهُ بأَنَّ الوَكيل إذَا قَبَضَهُ مَسْتُورًا انْتَهَى التَّوْكيلُ بالقَبْضِ النَّاقصِ فَبَقيَ أَجْنَبيًّا فَلا يَمْلكُ إسْقَاطَهُ، وَفي هَذَا الجَوَاب تَعَرُّضٌ إلى رَدِّ قيَاسهمَا عَلى الإسْقَاط القَصْديِّ، وَإلى رَدِّ قَوْلهمَا دُونَ إسْقَاط الخيَارِ. وَتَقْريرُهُ أَنَّهُ لمْ يَتَوَكَّل بإسْقَاط الخيَارِ قَصْدًا أَوْ ضمْنًا وَالأَوَّلُ مُسَلمٌ، وَلكنَّ إسْقَاطَ الخيَارِ في القَبْضِ التَّامِّ يَثْبُتُ للوَكيل في ضمْنِ المُتَوَكَّل به وَهُوَ القَبْضُ حَتَّى لوْ رَأَى قَبْل القَبْضِ لمْ يَسْقُطْ به الخيَارُ، بخلاف

المُوَكِّل، وَكَمْ مِنْ شَيْءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا وَلا يَثْبُتُ قَصْدًا. وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ فَإِنَّ مَنْ تَوَكَّل بِشَيْءٍ تَوَكَّل بِمَا يُتِمُّهُ لأَنَّ مَا لا يَتِمُّ الوَاجِبُ إلا بِهِ فَهُوَ وَاجِبٌ وَقَوْلُهُ (بِخلاف خِيَارِ العَيْبِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا فَصَارَ كَخِيَارِ العَيْبِ فَإِنَّهُ لا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَة حَيْثُ لا يَرْتَدُّ بِهِ إلا بِرِضًا أَوْ قَضَاءٍ، وَمَا لَمْ يَمْنَعْ تَمَامَ الصَّفْقَة لا يَمْنَعُ تَمَامَ القَبْضِ وَلِهَذَا مَلكَ رَدَّ المَعِيبِ خَاصَّةً بَعْدَ القَبْضِ، وَلَمْ يُجْعَل تَفْرِيقًا للصَّفْقَة لأَنَّ تَفْرِيقَ الصَّفْقَة قَبْل تَمَامِهَا مُمْتَنِعٌ، وَلَمَّا لَمْ يَمْتَنِعْ هَاهُنَا دَل أَنَّهَا كَانَتْ تَامَّةً، وَهُوَ مِنْ مُوَضِّحَات ذَلكَ أَنَّ خِيَارَ العَيْبِ لِثُبُوت حَقِّ المُطَالبَة بِالجُزْءِ الفَائِتِ وَذَلكَ للمُوَكِّل وَلَمْ يَصْدُرْ التَّوْكِيلُ بِالقَبْضِ لإِسْقَاطِهِ وَلا يَسْتَلزِمُهُ فَلا يَمْلكُهُ الوَكِيلُ.

وَخِيَارُ الشَّرْطِ لا يَصْلُحُ مَقِيسًا عَلَيْهِ لأَنَّهُ عَلى هَذَا الخِلاف ذَكَرَ القُدُورِيُّ أَنَّ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا عَلى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فَوَكَّل وَكِيلا بِقَبْضِهِ بَعْدَمَا رَآهُ فَهُوَ عَلى هَذَا الخِلاف، وَلوْ سَلمَ بَقَاءَ الخِيَارِ فَالمُوَكِّلُ لا يَمْلكُ القَبْضَ التَّامَّ لأَنَّ تَمَامَهُ بِتَمَامِ الصَّفْقَة وَلا تَتِمُّ الصَّفْقَةُ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الشَّرْطِ، وَالخِيَارُ لا يَسْقُطُ بِقَبْضِهِ لأَنَّ الاخْتِيَارَ وَهُوَ المَقْصُودُ بِالخِيَارِ لا يَكُونُ إلا بَعْدَ القَبْضِ فَكَذَا وَكِيلُهُ، وَقَيَّدَ بِالتَّامِّ لأَنَّ المُوَكِّل يَمْلكُ النَّاقِصَ فَإِنَّ القَبْضَ مَعَ بَقَاءِ الخِيَارِ نَاقِصٌ كَمَا أَنَّهُ قَبْل الرُّؤْيَة نَاقِصٌ، وَالرَّسُولُ لَيْسَ كَالوَكِيل فَإِنَّ إِتْمَامَ مَا أُرْسِل بِهِ لَيْسَ إليْهِ وَإِنَّمَا إليْه تَبْليغُ الرِّسَالة كَالرَّسُول بِالعَقْد فَإِنَّهُ لا يَمْلكُ القَبْضَ وَالتَّسْليمَ.

قَال (وَبَيعُ الأعمَى وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ وَلهُ الخِيَارُ إذَا اشتَرَى) لأنَّهُ اشتَرَى مَا لم يَرَهُ وَقَد قَرَّرنَاهُ مِن قَبلُ (ثُمَّ يَسقُطُ خِيَارُهُ بِجَسِّهِ المَبِيعَ إذَا كَانَ يُعرَفُ بِالجَسِّ، وَيَشُمُّهُ إذَا كَانَ يُعرَفُ بِالشَّمِّ، وَيَذُوقُهُ إذَا كَانَ يُعرَفُ بِالذَّوقِ) كَمَا فِي البَصِيرِ (وَلا يَسقُطُ خِيَارُهُ فِي العَقَارِ حَتَّى يُوصَفَ لهُ) لأنَّ الوَصفَ يُقَامُ مَقَامَ الرُّؤيَةِ كَمَا فِي السَّلمِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ إذَا وَقَفَ فِي مَكَان لو كَانَ بَصِيرًا لرَآهُ وَقَال: قَد رَضِيتُ سَقَطَ خِيَارُهُ، لأَنَّ التَّشَبُّهَ يُقَامُ مَقَامَ الحَقِيقَةِ فِي مَوضِعِ العَجزِ كَتَحرِيكِ الشَّفَتَينِ يُقَامُ مَقَامَ القِرَاءَةِ فِي حَقِّ الأخرَسِ فِي الصَّلاةِ، وَإِجرَاءُ المُوسَى مَقَامَ الحَلقِ فِي حَقِّ مَن لا شَعرَ لهُ فِي الحَجِّ. وَقَال الحَسَنُ: يُوَكِّلُ وَكِيلا بِقَبضِهِ وَهُوَ يَرَاهُ وَهَذَا أَشبَهُ بِقَول أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ رُؤيَةَ الوَكِيل كَرُؤيَةِ المُوَكِّل عَلى مَا مَرَّ آنِفًا.

الشرح:

قَال (**وَبَيْعُ الأَعْمَى وَشِرَاؤُهُ** جَائِزٌ) بَيْعُ الأَعْمَى وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ عِنْدَنَا (وَلَهُ الخِيَارُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: إنْ كَانَ بَصِيرًا فَعَمِيَ فَكَذَا الجَوَابُ، وَإِنْ كَانَ أَكْمَهَ فَلا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلا شِرَاؤُهُ أَصْلا لأَنَّهُ لا عِلمَ لهُ بِالأَلوَانِ وَالصِّفَات، وَهُوَ مَحْجُوجٌ بِمُعَامَلَةِ النَّاسِ العُمْيَانِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ، وَبِأَنَّ مِنْ أَصْلِه أَنَّ مَنْ لا يَمْلكُ الشِّرَاءَ بِنَفْسِه لا يَمْلكُ الأَمْرَ بِهِ لِغَيْرِه، فَإِذَا احْتَاجَ الأَعْمَى إلى مَا يَأْكُلُ وَلا يَتَمَكَّنُ مِنْ شِرَاءِ المَأْكُول وَلا التَّوْكِيل بِه مَاتَ جُوعًا وَفِيه مِنْ القُبْحِ مَا لا يَخْفَى.

وَلَنَا (أَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ، وَمَنْ **اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ** فَلَهُ الخِيَارُ بِالحَدِيث وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ) وَفِيه نَظَرٌ لأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ " لَمْ يَرَهُ سَلبٌ " وَهُوَ يَقْتَضِي تَصَوُّرَ الإِيجَاب وَهُوَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي البَصِيرِ، وَالأَوْلى أَنْ يُسْتَدَل عَلى ذَلكَ بِمَا ذَكَرْنَا مِنْ مُعَامَلَة النَّاسِ العُمْيَانِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ فَإِنَّ ذَلكَ أَصْلٌ فِي الشَّرْعِ بِمَنْزِلة الإِجْمَاعِ، وَيَسْقُطُ خِيَارُهُ بِمُبَاشَرَةِ مَا هُوَ سَبَبُ العلمِ بِالمَقْصُود، فَإِنْ كَانَ المَبِيعُ مِمَّا يُعْلمُ بِمَسِّه فَخِيَارُهُ يَسْقُطُ بِجَسِّه، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُعْلمُ بِالشَّمِّ فَبِشَمِّه وَبِذَوْقِه فِي المَذُوقَات. وَأَمَّا إذَا كَانَ شَجَرًا أَوْ ثَمَرًا عَلى شَجَرٍ أَوْ عَقَارًا فَإِنَّ خِيَارَهُ لا يَسْقُطُ حَتَّى يُوصَفَ لهُ لأَنَّ الوَصْفَ يُقَامُ مَقَامَ الرُّؤْيَة كَمَا فِي السَّلمِ.

وَقَال بَعْضُ أَئِمَّة بَلخِي: يَمَسُّ الحَائِطَ وَالأَشْجَارَ، فَإِذَا بَاشَرَ بِسَبَبِ العلمِ أَوْ وُصِفَ لهُ أَوْ وُصِفَ وَمَسَّ وَقَال رَضِيت سَقَطَ الخِيَارُ. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ فِي مَكَان لوْ كَانَ الوَاقِفُ بَصِيرًا لرَآهُ وَقَدْ قَال رَضِيت سَقَطَ خِيَارُهُ، لأَنَّ التَّشَبُّهَ يَقُومُ مَقَامَ الحَقِيقَةِ فِي مَوْضِعِ العَجْزِ كَتَحْرِيك الشَّفَتَيْنِ وَإِجْرَاءِ المُوسَى فِي حَقِّ الآدَمِيِّ وَالأَصْلعِ، وَإِطْلاقُ الرِّوَايَة يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ يَقُولُ بِذَلكَ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ الوَصْف.

قَال مُحَمَّدٌ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: قَال أَبُو يُوسُفَ فِي الأَعْمَى: يَشْتَرِي الشَّيْءَ لَمْ يَرَهُ فَيَقُولُ قَدْ رَضِيت قَال: لهُ أَنْ يَرُدَّهُ، وَإِنْ كَانَ فِي مَكَان لوْ كَانَ بَصِيرًا لرَآهُ ثُمَّ قَال قَدْ رَضِيته لَمْ يَكُنْ لهُ أَنْ يَرُدَّهُ. وَقَال الفَقِيهُ: قَال بَعْضُهُمْ: يُوقَفُ فِي مَكَان لوْ كَانَ بَصِيرًا لرَآهُ وَمَعَ ذَلكَ يُوصَفُ لهُ، وَهَذَا أَحْسَنُ الأَقَاوِيل، قَال: وَبِهِ نَأْخُذُ. وَقَال الحَسَنُ: يُوَكِّلُ وَكِيلا يَقْبِضُهُ وَهُوَ يَرَاهُ.

وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، لأَنَّ رُؤْيَةَ الوَكِيلِ بِالقَبْضِ كَرُؤْيَةِ المُوَكِّلِ كَمَا تَقَدَّمَ. وَلَوْ وُصِفَ لَهُ فَقَالَ رَضِيت ثُمَّ أَبْصَرَ فَلا خِيَارَ لَهُ لأَنَّ العَقْدَ قَدْ تَمَّ وَسَقَطَ الخِيَارُ فَلا يَعُودُ. وَلَوْ اشْتَرَى بَصِيرًا ثُمَّ عَمِيَ انْتَقَلَ الخِيَارُ إِلَى الصِّفَةِ لأَنَّ النَّاقِلَ لِلخِيَارِ مِنْ النَّظَرِ إِلَى صِفَةِ العَجْزِ، وَقَدْ اسْتَوَى فِي ذَلِكَ كَوْنُهُ أَعْمَى وَقْتَ العَقْدِ وَصَيْرُورَتُهُ أَعْمَى بَعْدَ العَقْدِ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ.

قَال (وَمَن رَأَى أَحَدَ الثَّوبَينِ فَاشتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَى الآخَرَ جَازَ لَهُ أَن يَرُدَّهُمَا) لأَنَّ رُؤيَةَ أَحَدِهِمَا لا تَكُونُ رُؤيَةَ الآخَرِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الثِّيَابِ فَبَقِيَ الخِيَارُ فِيمَا لم يَرَهُ، ثُمَّ لا يَرُدُّهُ وَحدَهُ بَل يَرُدُّهُمَا كَي لا يَكُونَ تَفرِيقًا لِلصَّفقَةِ قَبلَ التَّمَامِ، وَهَذَا؛ لأَنَّ الصَّفقَةَ لا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤيَةِ قَبلَ القَبضِ وَبَعدَهُ، وَلِهَذَا يَتَمَكَّنُ مِن الرَّدِّ بِغَيرِ قَضَاءٍ وَلا رِضًا وَيَكُونُ فَسخًا مِن الأَصل.

الشرح:

قَال (وَمَنْ رَأَى **أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا**) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ فِي الجَمْعِ بَيْنَ الأَشْيَاءِ المُتَفَاوِتَةِ الآحَادِ فِي البَيْعِ رُؤْيَةَ بَعْضِهَا لا يُعَرِّفُ البَاقِيَ بَل لا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ كُل وَاحِدٍ مِنْهَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا رَأَى **أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا ثُمَّ رَأَى الآخَرَ** فَلَهُ الخِيَارُ، لكِنْ لا يَرُدُّ الذي رَآهُ وَحْدَهُ، بَل يَرُدُّهُمَا إِنْ شَاءَ كَيْ لا يَلزَمَ تَفرِيقُ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ لَنَا مَعْنَى تَمَامِ الصَّفْقَةِ، وَأَنَّهَا لا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ القَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَلِكَوْنِهَا غَيْرَ تَامَّةٍ يَتَمَكَّنُ المُشْتَرِي مِنْ الرَّدِّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلا رِضًا فَيَكُونُ الرَّدُّ فَسْخًا مِنْ الأَصْلِ لِعَدَمِ العِلمِ بِصِفَاتِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ.

فَإِنَّ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ مَنْهِيٌّ عَنْهُ لِمَا جَاءَ فِي الحَدِيثِ «نَهَى النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَنْ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ» قِيلَ: تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ مَنْهِيٌّ عَنْهُ وَهُوَ يَقْتَضِي رَدَّهُمَا جَمِيعًا إِنْ شَاءَ، وَقَوْلُه ﷺ «**مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ**» الحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الذي لَمْ يَرَهُ وَحْدَهُ، فَمَا وَجْهُ تَرْجِيحِ حَدِيثِ النَّهْيِ عَلَى المُجِيزِ؟ وَأُجِيبَ بِأَنَّ مُوجِبَ النَّهْيِ مُطَّرِدٌ فِي جَمِيعِ صُوَرِهِ، وَمُوجِبَ المُجِيزِ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ لا يَمْلِكُ الرَّدَّ إِذَا تَعَيَّبَ أَوْ أَعْتَقَ أَحَدَ العَبْدَيْنِ أَوْ دَبَّرَهُ وَالمُطَّرِدُ رَاجِحٌ وَبِأَنَّهُ مُحَرِّمٌ وَالمُحَرِّمُ رَاجِحٌ عَلَى المُبِيحِ، أَوْ لأَنَّهُ مُتَأَخِّرٌ عَنْ المُبِيحِ لِئَلا يَلزَمَ تَكْرِيرُ النَّسْخِ وَبِأَنَّ الرَّدَّ كَمَا كَانَ غَيْرَ مُمْكِنٍ؟ لأَنَّ رَدَّ

أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ لا يَكُونُ رَدًّا لأَنَّهُ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ لا أَحَدَهُمَا، وَالرَّدُّ إِنَّمَا يَصِحُّ أَنْ لوْ كَانَ ذَلِكَ المَرْدُودُ عَلى الحَالَةِ الأُولى قَبْلَ النَّهْيِ عَنْ تَفرِيقِهَا مُطْلَقًا، وَقَدْ قَيَّدْتُمْ بِمَا قَبْل التَّمَامِ فَيَكُونُ مَتْرُوكَ الظَّاهِرِ، وَمِثْلُهُ مَرْجُوحٌ. وَالجَوَابُ أَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا هُوَ عَنْ التَّفرِيقِ وَالتَّقْيِيدِ بِمَا قَبْل التَّمَامِ بِالقِيَاسِ عَلى ابْتِدَاءِ الصَّفْقَةِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَوْجَبَ البَيْعَ فِي شَيْئَيْنِ لا يَمْلِكُ المُشْتَرِي القَبُول فِي أَحَدِهِمَا لِمَا فِيهِ مِنْ الإِضْرَارِ بِالبَائِعِ لِجَرَيَانِ العَادَةِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ بِضَمِّ الرَّدِيءِ إِلى الجَيِّدِ تَرْوِيجًا لهُ بِالجَيِّدِ، فَإِذَا عُلِمَ أَنَّ المَانِعَ مِنْ رَدِّ أَحَدِهِمَا تَفرِيقُ الصَّفْقَةِ قَبْل التَّمَامِ يَنْدَفِعُ مَا اسْتَشْكَل بِالاسْتِحْقَاقِ، فَإِنَّ مَنْ اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ فَاسْتُحِقَّ أَحَدُهُمَا لا يَرُدُّ البَاقِيَ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ إِذَا رَدَّ أَحَدَهُمَا فَلا بُدَّ مِنْ رَدِّ الآخَرِ أَيْضًا لأَنَّ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ رَدَّ أَحَدِهِمَا يُوجِبُ تَفرِيقَ الصَّفْقَةِ قَبْل التَّمَامِ لأَنَّهَا لا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ.

وَفِي فَصْلِ الاسْتِحْقَاقِ لَمْ تَتَفَرَّقْ عَلى المُشْتَرِي قَبْل التَّمَامِ بَل تَمَّتْ فِيمَا كَانَ مِلكُ البَائِعِ غَيْرَ مَعِيبٍ بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ، حَتَّى لوْ كَانَ المَبِيعُ عَبْدًا وَاحِدًا فَاسْتُحِقَّ بَعْضُهُ كَانَ لهُ رَدُّ البَاقِي كَمَا فِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ لأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الأَعْيَانِ المُجْتَمِعَةِ عَيْبٌ وَالمُشْتَرِي لمْ يَرْضَ بِهِ، لكِنْ فِي صُورَةِ الاسْتِحْقَاقِ لهُ وِلايَةُ رَدِّ البَاقِي لِدَفْعِ ضَرَرٍ يَلزَمُ المُشْتَرِيَ، فَإِنْ شَاءَ رَضِيَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ. وَفِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ عَليْهِ رَدُّ الآخَرِ لِدَفْعِ ضَرَرٍ يَلزَمُ البَائِعَ.

وَمَن مَاتَ وَلهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ بَطَل خِيَارُهُ) لأَنَّهُ لا يَجرِي فِيهِ الإِرثُ عِندَنَا، وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي خِيَارِ الشَّرطِ (وَمَن رَأَى شَيئًا ثُمَّ اشتَرَاهُ بَعدَ مُدَّةٍ، فَإِن كَانَ عَلى الصِّفَةِ التِي رَآهُ فَلا خِيَارَ لهُ) لأَنَّ العِلمَ بِأَوصَافِهِ حَاصِلٌ لهُ بِالرُّؤيَةِ السَّابِقَةِ، وَبِفَوَاتِهِ يَثبُتُ الخِيَارُ إِلا إِذَا كَانَ لا يَعلمُهُ مَرئِيَّهُ لِعَدَمِ الرِّضَا بِهِ (وَإِن وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلهُ الخِيَارُ) لأَنَّ تِلكَ الرُّؤيَةَ لم تَقَع مُعلمَةً بِأَوصَافِهِ فَكَأَنَّهُ لم يَرَهُ، وَإِن اختَلفَا فِي التَّغَيُّرِ فَالقَولُ لِلبَائِعِ لأَنَّ التَّغَيُّرَ حَادِثٌ وَسَبَبُ اللُّزُومِ ظَاهِرٌ، إِلا إِذَا بَعُدَت المُدَّةُ عَلى مَا قَالُوا لأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلمُشتَرِي، بِخِلافِ مَا إِذَا اختَلفَا فِي الرُّؤيَةِ لأَنَّهَا أَمرٌ حَادِثٌ وَالمُشتَرِي يُنكِرُهُ فَيَكُونُ القَولُ قَولهُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ مَاتَ وَلهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ بَطَل خِيَارُهُ) قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ لا يَقْبَلُ الانْتِقَال لأَنَّهُ مَشِيئَةٌ، وَهُوَ عَرَضٌ وَالعَرَضُ لا يَنْتَقِلُ وَالإِرْثُ فِيمَا يَنْتَقِلُ، فَكَذَا خِيَارُ

الرُّؤْيَة، وَقَدْ ذَكَرْنَا البَحْثَ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ مُسْتَوْفًى فَلا يُحْتَاجُ إلى إعَادَته.

قَال (وَمَنْ رَأى **شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مُدَّة**، فَإِنْ كَانَ عَلى تِلكَ الصِّفَة التي رَآهُ) عَلَيْهَا سَقَطَ الخِيَارُ لأَنَّ العلمَ بِأَوْصَافه حَاصلٌ لَهُ بتلكَ الرُّؤْيَة السَّابقَة، وَبفَوات العلم بالأَوْصَاف يَثْبُتُ الخِيَارُ، فَبَيْنَ العلم بالأَوْصَاف وَثُبوت الخِيَارِ مُنَافَاةٌ، وَيَثْبُتُ أَحَدُ المُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ العلمُ بالأَوْصَاف بتلكَ الرُّؤية فَيَنْتَفِي الآخَرُ وَهُوَ ثُبوتُ الخِيَارِ إلا إذَا كَانَ لا يَعْلَمُ أَنَّهُ هُوَ الذي رَآهُ كَمَا إذَا **اشْتَرَى ثَوْبًا مَلفُوفًا كَانَ رَآهُ مِنْ قَبْلُ، وَهُوَ لا يَعْلَمُ أَنَّ المُشْتَرَى ذَلكَ المَرْئِيُّ** فَإِنَّ لهُ الخِيَارَ حِينَئِذ لعَدَمِ الرِّضَا به، وَإِنَّمَا اسْتَثْنَى هَذه الصُّورَةَ لدَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمَ أَنَّ علةَ انْتفَاء ثُبوت الخِيَارِ هُوَ العلمُ بالأَوْصَاف، وَهَاهُنَا لَمَّا كَانَ المَبِيعُ مَرْئِيًّا مِنْ قَبْلُ لَمْ يَتَغَيَّرْ عَنْهَا كَانَ العلمُ بهَا حَاصلا فَلا يَكُونُ لهُ الخِيَارُ، وَذَلكَ لأَنَّ الأَمْرَ وَإِنْ كَانَ كَذَلكَ لكنَّ شَرْطَهُ الرِّضَا به وَحَيْثُ لَمْ يُعْلمْ أَنَّهُ مَرْئِيُّهُ لَمْ يَرْضَ به فَكَانَ لهُ الخِيَارُ وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلهُ الخِيَارُ لأَنَّ تلكَ الرُّؤْيَةَ لَمْ تَقَعْ مُعلمَةً بِأَوْصَافه فَكَأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ، وَإِنْ اخْتَلفَا فِي التَّغَيُّرِ فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائعِ مَعَ يَمينه، لأَنَّ التَّغَيُّرَ حَادثٌ لأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ بِعَيْبٍ أَوْ تَبَدُّل هَيْئَة وَكُلٌّ منْهُمَا عَارضٌ وَالمُشْتَرِي يَدَّعيه وَالبَائعُ مُنْكرٌ وَمُتَمَسِّكٌ بالأَصْل، لأَنَّ سَبَبَ لُزُومِ العَقْد وَهُوَ رُؤْيَةُ جُزْءٍ مِنْ المَعْقُود عَلَيْه، وَقيل هُوَ الرُّؤْيَةُ السَّابقَةُ، وَقيل هُوَ البَيْعُ البَاتُّ الخَالي عَنْ الشُّرُوط المُفْسدَة ظَاهرٌ، وَالأَصْلُ لُزُومُ العَقْد، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكرِ مَعَ يَمينه وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ مُدَّعي العَارضِ (قَوْلُهُ إلا إذَا بَعُدَتْ المُدَّةُ عَلى مَا قَالُوا) أَيْ المُتَأَخِّرُونَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْله فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائعِ فَإِنَّهُ حِينَئذ يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَ المُشْتَرِي، لأَنَّ الظَّاهرَ يَشْهَدُ لهُ، فَإِنَّ الشَّيْءَ يَتَغَيَّرُ بطُول الزَّمَان، وَمَنْ يَشْهَدُ لهُ الظَّاهرُ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإليْه مَال شَمْسُ الأَئمَّة السَّرَخْسيُّ وَقَال: أَرَأَيْت لوْ كَانَتْ **جَاريَةً شَابَّةً رَآهَا فَاشْتَرَاهَا بَعْدَ ذَلكَ بعشْرينَ سَنَةً وَزَعَمَ البَائعُ أَنَّهَا لَمْ تَتَغَيَّرْ** كَانَ يُصَدَّقُ عَلى ذَلكَ.

وَقَوْلُهُ (بخلاف مَا إذَا اخْتَلفَا فِي الرُّؤْيَة) مُتَّصلٌ بقَوْله فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائعِ: يَعْني **إذَا اخْتَلفَ البَائعُ وَالمُشْتَرِي فِي رُؤْيَة المُشْتَرِي** فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي لأَنَّ البَائعَ يَدَّعي عَليْه العلمَ بالصِّفَات وَأَنَّهُ حَادثٌ، وَالمُشْتَرِيَ مُنْكرٌ فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ اليَمين.

قَال (وَمَن اشتَرَى عِدل زُطِّيٍّ وَلم يَرَهُ فَبَاعَ مِنهُ ثوبًا أو وَهَبَهُ وَسَلمَهُ لم يَرُدَّ شَيئًا

مِنهَا إلا مِن عَيبٍ، وَكَذَلكَ خِيَارُ الشَّرطِ)؛ لأَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ فِيمَا خَرَجَ عَن مِلكِهِ، وَفِي رَدِّ مَا بَقِيَ تَفرِيقُ الصَّفقَةِ قَبل التَّمَامِ؛ لأَنَّ خِيَارَ الرُّؤيَةِ وَالشَّرطِ يَمنَعَانِ تَمَامَهَا، بِخِلافِ خِيَارِ العَيبِ لأَنَّ الصَّفقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ العَيبِ بَعدَ القَبضِ وَإِن كَانَت لا تَتِمُّ قَبلَهُ وَفِيهِ وَضعُ المَسأَلَةِ. فَلَو عَادَ إليهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسخٌ فَهُوَ عَلى خِيَارِ الرُّؤيَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ شَمسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخسِيُّ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَعُودُ بَعدَ سُقُوطِهِ كَخِيَارِ الشَّرطِ، وَعَلَيهِ اعتَمَدَ القُدُورِيُّ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى عِدْل زُطِّيٍّ) العِدْلُ بالكَسْرِ المِثْلُ، وَمِنْهُ عِدْلُ المَتَاعِ. وَالزُّطُّ: جيلٌ مِنْ الهِنْدِ يُنْسَبُ إِلَيْهِمْ الثِّيَابُ الزُّطِّيَّةُ. وَمَنْ **اشْتَرَى عِدْل زُطِّيٍّ وَلَمْ يَرَهُ وَقَبَضَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا**، كَذَا لفْظُ الجَامعِ الصَّغير. وَهُوَ مُرَادُ المُصَنِّف لأَنَّهُ لوْ لَمْ يَقْبِضْ لَمْ يَصحَّ تَصَرُّفُهُ فِيه بِبَيْعٍ أَوْ هِبَة، فَإِذَا قَبَضَهُ فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا أَوْ وَهَبَهُ وَسَلمَهُ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنْهَا: أَيْ مِنْ الثِّيَاب الزُّطِّيَّة إلا مِنْ عَيْب.

ذَكَّرَ الضَّميرَ فِي قَوْله وَلَمْ يَرَهُ وَغَيْرِه نَظَرًا إلى العِدْل، وَأَنَّثَ فِي قَوْله مِنْهَا نَظَرًا إلى الثِّيَاب، فَإِنَّهُ إذَا بَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا لَمْ يَبْقَ عِدْلا بَل ثِيَابًا مِنْ العِدْل، وَكَذَا إذَا **اشْتَرَى عِدْل زُطِّيٍّ بخِيَارِ الشَّرْط فَقَبَضَهُ وَبَاعَ ثَوْبًا مِنْهُ أَوْ وَهَبَ** وَذَلكَ لأَنَّ الرَّدَّ تَعَذَّرَ فيمَا خَرَجَ مِنْ مِلكِهِ، وَفِي رَدِّ مَا بَقِيَ تَفرِيقُ الصَّفْقَة قَبْل التَّمَامِ لأَنَّ الخِيَارَيْنِ يَمْنَعَان تَمَامَهَا كَمَا مَرَّ.

وَأَمَّا خيَارُ العَيْبِ فَإِنَّهُ لا يَمْنَعُ تَمَامَهَا بَعْدَ القَبْضِ، وَفِيهِ وَضْعُ مُحَمَّد المَسْأَلَةَ لأَنَّهُ لوْ كَانَ قَبْل القَبْضِ لَمَا جَازَ التَّصَرُّفُ فيه (فَلوْ عَادَ) الثَّوْبُ الذي بَاعَهُ (إلى المُشْتَري بسَبَبٍ هُوَ فَسْخٌ) بأَنْ رَدَّ المُشْتَري الثَّاني بالعَيْب بالقَضَاء أَوْ رَجَعَ فِي الهِبَة فَهُوَ أَيْ المُشْتَري الأَوَّلُ أَوْ الوَاهبُ عَلى خيَاره، فَجَازَ أَنْ يَرُدَّ الكُل بخيَار الرُّؤْيَة لارْتفَاعِ المَانعِ منْ الأَصْل وَهُوَ تَفْريقُ الصَّفْقَة (كَذَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الأَئمَّة السَّرَخْسيُّ. وَعَنْ أَبي يُوسُفَ أَنَّ خيَارَ الرُّؤْيَة لا يَعُودُ بَعْدَ سُقُوطه) لأَنَّ السَّاقطَ لا يَعُودُ (كَخيَارِ الشَّرْط وَعَلَيْه اعْتَمَدَ القُدُوريُّ).

بَابُ خِيَارِ العَيبِ

(وَإِذَا اطَّلعَ المُشتَرِي علَى عَيبٍ فِي المَبِيعِ) فهُوَ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِن شَاءَ رَدَّهُ لأَنَّ مُطلقَ العَقدِ يَقتَضِي وَصفَ السَّلامَةِ، فَعِندَ فَوتِهِ يَتَخَيَّرُ كَي لا يَتَضرَّرَ بِلُزُومِ مَا لا يَرضَى بِهِ، وَلَيسَ لهُ أن يُمسِكَهُ وَيَأخُذَ النُّقصَانَ؛ لأَنَّ الأَوصَافَ لا يُقَابِلُهَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ فِي مُجَرَّدِ العَقدِ؛ وَلأَنَّهُ لم يَرضَ بِزَوَالِهِ عَن مِلكِهِ بِأَقل مِن المُسَمَّى فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، وَدَفعُ الضَّرَرِ عَن المُشتَرِي مُمكِنٌ بِالرَّدِّ بِدُونِ تَضرُّرِهِ، وَالمُرَادُ عَيبٌ كَانَ عِندَ البَائِعِ وَلم يَرَهُ المُشتَرِي عِندَ البَيعِ وَلا عِندَ القَبضِ؛ لأَنَّ ذَلكَ رِضًا بِهِ.

الشرح:

(بَابُ خِيَارِ العَيبِ): أَخَّرَ خِيَارَ العَيْبِ لأَنَّهُ يَمْنَعُ اللُّزُومَ بَعْدَ التَّمَامِ، وَإِضَافَةُ الخِيَارِ إلى العَيْبِ مِنْ قَبِيلِ إِضَافَةِ الشَّيْءِ إلى سَبَبِه. إذَا **اطَّلَعَ المُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ فِي المَبِيعِ فَهُوَ** بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ لأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلامَةِ: أَيْ سَلامَةِ المَعْقُودِ عَلَيْه عَنْ العَيْبِ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ اشْتَرَى مِنْ عَدَّاءِ بْنِ خَالِدِ بْنِ هَوْذَةَ عَبْدًا وَكَتَبَ فِي عُهْدَتِه هَذَا مَا اشْتَرَى مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللهِ مِنْ العَدَّاءِ بْنِ خَالِدِ بْنِ هَوْذَةَ عَبْدًا لا دَاءَ وَلا غَائِلَةَ وَلا خِبْثَةَ بَيْعَ المُسْلِمِ مِنْ المُسْلِمِ» وَتَفْسِيرُ الدَّاءِ فِيمَا رَوَاهُ الحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ المَرَضُ فِي الجَوْفِ وَالكَبِدِ وَالرِّئَةِ فَإِنَّ المَرَضَ مَا يَكُونُ فِي سَائِرِ البَدَنِ وَالدَّاءُ مَا يَكُونُ فِي الجَوْفِ وَالكَبِدِ وَالرِّئَةِ. وَفِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: الدَّاءُ المَرَضُ، وَالغَائِلَةُ مَا تَكُونُ مِنْ قَبِيلِ الأَفْعَالِ كَالإِبَاقِ وَالسَّرِقَةِ، وَالخِبْثَةُ هِيَ الاسْتِحْقَاقُ، وَقِيلَ هِيَ الجُنُونُ، وَفِي هَذَا تَنْصِيصٌ عَلَى أَنَّ البَيْعَ يَقْتَضِي سَلامَةَ المَبِيعِ عَنْ العَيْبِ، وَوَصْفُ السَّلامَةِ يَفُوتُ بِوُجُودِ العَيْبِ، فَعِنْدَ فَوَاتِه يَتَخَيَّرُ لأَنَّ الرِّضَا دَاخِلٌ فِي حَقِيقَةِ البَيْعِ، وَعِنْدَ فَوَاتِه يَنْتَفِي الرِّضَا فَيَتَضَرَّرُ بِلُزُومِ مَا لا يَرْضَى بِه. فَإِنْ قِيلَ: تَقْرِيرُ كَلامِه عَلَى الوَجْهِ المَذْكُورِ يَسْتَلزِمُ انْتِفَاءَ البَيْعِ، لأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ إِذَا اقْتَضَى وَصْفَ السَّلامَةِ كَانَ مُسْتَلزِمًا لَهُ، فَإِذَا فَاتَ اللازِمُ انْتَفَى المَلزُومُ.

فَالجَوَابُ أَنَّ المُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلى الكَامِلِ وَهُوَ العَقْدُ اللازِمُ، وَمِنْ انْتِفَائِه لا يَلزَمُ انْتِفَاءُ العَقْدِ (وَلَيْسَ لهُ أَنْ يُمْسِكَهُ وَيَأْخُذَ النُّقْصَانَ) لأَنَّ الفَائِتَ وَصْفٌ، إِذْ العَيْبُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِمَا يُوجِبُ فَوَاتَ جُزْءٍ مِنْ المَبِيعِ أَوْ بِغَيْرِه مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ كَالعَمَى وَالعَوَرِ

وَالشَّلل وَالزَّمَانَة وَالأُصْبُع النَّاقصَة وَالسِّنِّ السَّوْدَاء وَالسِّنِّ السَّاقطَة، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِمَا يُوجِبُ النُّقْصَانَ مَعْنًى لا صُورَةً كَالسُّعَال القَديمِ وَارْتفَاعِ الحَيْضِ في زَمَانه وَالزِّنَا وَالدَّفرِ وَالبَخَرِ في الجَارِيَة وَفي ذَلكَ كُله فَوَاتُ وَصْف وَالأَوْصَافُ لا يُقَابلُهَا شَيْءٌ منَ الثَّمَن، لأَنَّ الثَّمَنَ إِمَّا أَنْ يُقَابَل بالوَصْف وَالأَصْل أَوْ بالأَوَّل دُونَ الثَّاني أَوْ بالعَكْس، لا سَبيل إلى الأَوَّل وَالثَّاني لئَلا يُؤَدِّيَ إلى مُزَاحَمَة التَّبَع الأَصْل فَتَعَيَّنَ الثَّالثُ (قَوْلُهُ في مُجَرَّد العَقْد) احْترَازًا عَمَّا إذَا كَانَتْ الأَوْصَافُ مَقْصُودَةً بالتَّنَاوُل كَمَا تَقَدَّمَ (قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بزَوَاله) دَليلٌ آخَرُ عَلى عَدَمِ جَوَازِ إمْسَاكه بأَخْذ النُّقْصَان أَيْ قيمَته أَوْ أَرْشه. وَتَقْريرُهُ أَنَّ البَائعَ لَمْ يَرْضَ بزَوَال المَبيع عَنْ ملكه بأَقل منْ المُسَمَّى، وَفي إمْسَاكه وَأَخْذ النُّقْصَان زَوَالُهُ بالأَقَل فَلَمْ يَكُنْ مَرْضيَّةً، وَعَدَمُ رضَا البَائع بزَوَال المَبيع مُنَاف لوُجُود البَيْع فَيَكُونُ إلزَامًا عَلى البَائعِ بلا بَيْعٍ، وَفيه منْ الضَّرَر مَا لا يَخْفَى، وَالمُشْتَري وَإِنْ كَانَ يَتَضَرَّرُ بالعَيْب أَيْضًا لكنْ يُمْكنُ تَدَارُكُهُ برَدِّ المَبيع بدُون مَضَرَّة فَلا ضَرُورَةَ في أَخْذ النُّقْصَان. قيل: البَائعُ إذَا بَاعَ مَعيبًا فَإِذَا هُوَ سَليمٌ البَائعُ يَتَضَرَّرُ لمَا أَنَّ الظَّاهرَ أَنَّهُ نَقص الثَّمَنُ عَلى ظَنٍّ أَنَّهُ مَعيبٌ وَلا خيَارَ لَهُ. وَعَلى هَذَا فَالوَاجبُ إمَّا شُمُولُ الخيَار لهُمَا أَوْ عَدَمُهُ لهُمَا.

وَأُجيبَ بأَنَّ المَبيعَ كَانَ في يَد البَائعِ وَتَصَرُّفه وَمُمَارَسَته طُول زَمَانه فَأُنْزِل عَالمًا بصفَة ملكه فَلا يَكُونُ لَهُ الخيَارُ وَإِنْ ظَهَرَ بخلافه. وَأَمَّا المُشْتَري فَإِنَّهُ مَا رَأَى المَبيعَ، فَلوْ أَلزَمْنَا العَقْدَ مَعَ العَيْب تَضَرَّرَ منْ غَيْر علمٍ حَصَل لَهُ فَيَثْبُتُ لَهُ الخيَارُ، ثُمَّ المُرَادُ منْ العَيْب المُوجب للخيَار عَيْبٌ كَانَ عنْدَ البَائع وَلَمْ يَرَهُ المُشْتَري عنْدَ البَيْع وَلا عنْدَ القَبْض؛ لأَنَّ ذَلكَ: أَيْ رُؤْيَةَ العَيْب عنْدَ إحْدَى الحَالَيْن رضًا بالعَيْب دَلالَةً

قال (وَكُلُّ مَا أَوجَبَ نُقصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ فَهُوَ عَيبٌ)؛ لأَنَّ التَّضَرُّرَ بِنُقصَانِ المَاليَّةِ، وَذَلكَ بِانتِقَاصِ القِيمَةِ وَالمَرجعُ فِي مَعرِفَتِهِ عُرفُ أَهلِهِ.

الشرح:

قَال (وَكُلُّ ما أَوْجَبَ نُقصَانَ الثَّمنِ) العَيْبُ مَا يَخْلُو عَنْهُ أَصْلُ الفطْرَة السَّليمَة. وَذَكَرَ المُصَنِّفُ رَحمَهُ اللهُ ضَابطَةً كُليَّةً يُعْلَمُ بهَا العُيُوبُ المُوجبَةُ للخيَار عَلى سَبيل الإجْمَال فَقَال (**وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نُقْصَانَ الثَّمَنِ في عَادَة التُّجَّار فَهُوَ عَيْبٌ** لأَنَّ التَّضَرُّرَ

بِنُقْصَانِ المَالِيَّةِ) وَنُقصَانُ المَالِيَّةِ (بِانْتِقاصِ القِيمَةِ، فَالنَّقْصُ بِانْتِقَاصِ القِيمَةِ وَالمَرْجِعُ فِي مَعْرِفَتِهِ عُرْفُ أَهْلِه).

(وَالإِبَاقُ وَالبَوْلُ فِي الفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ فِي الصَّغِيرِ عَيبٌ مَا لم يَبلُغ، فَإِذَا بَلَغَ فَلَيسَ ذَلكَ بِعَيبٍ حَتَّى يُعَاوِدَهُ بَعدَ البُلُوغِ) وَمَعنَاهُ: إِذَا ظَهَرَت عِندَ البَائِعِ فِي صِغَرِهِ ثُمَّ حَدَثَت عِندَ المُشتَرِي فِي صِغَرِهِ فَلَهُ أَن يَرُدَّهُ؛ لأَنَّهُ عَينُ ذَلكَ، وَإِن حَدَثَت بَعدَ بُلُوغِهِ لم يَرُدَّهُ؛ لأَنَّهُ غَيرُهُ، وَهَذَا؛ لأَنَّ سَبَبَ هَذِهِ الأَشيَاءِ يَختَلِفُ بِالصِّغَرِ وَالكِبَرِ، فَالبَولُ فِي الفِرَاشِ فِي الصِّغَرِ لِضَعفِ المَثَانَةِ، وَبَعدَ الكِبَرِ لِدَاءٍ فِي بَاطِنِهِ، وَالإِبَاقُ فِي الصِّغَرِ لِحُبِّ اللعِبِ وَالسَّرِقَةُ لِقِلَّةِ المُبَالاةِ، وَهُمَا بَعدَ الكِبَرِ لِخُبثٍ فِي البَاطِنِ، وَالمُرَادُ مِن الصَّغِيرِ مَن يَعقِلُ، فَأَمَّا الذِي لا يَعقِلُ فَهُوَ ضَالٌّ لا آبِقٌ فَلا يَتَحَقَّقُ عَيبًا.

الشرح:

قَال (وَالإِبَاقُ وَالبَوْلُ فِي الفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ عَيْبٌ فِي الصَّغِيرِ) الذي يَعْقِلُ إِذَا أَبَقَ مِنْ مَوْلاهُ مَا دُونَ السَّفَرِ مِنْ المِصْرِ إِلى القَرْيَةِ أَوْ بِالعَكْسِ، فَذَلِكَ عَيْبٌ لأَنَّهُ يُفَوِّتُ المَنَافِعَ عَلى المَوْلى، وَالسَّفَرُ وَمَا دُونَهُ فِيه سَوَاءٌ، فَلوْ أَبَقَتْ الجَارِيَةُ مِنْ الغَاصِب إِلى مَوْلاهَا فَلَيْسَ بِإِبَاقٍ، وَإِنْ أَبَقَتْ مِنْهُ وَلَمْ تَرْجِعْ إِلى مَوْلاهَا عَالِمَةً بِمَنْزِله وَتَقْوَى عَلى الرُّجُوعِ إِلَيْه فَهُوَ عَيْبٌ، وَإِنْ فَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ بِعَيْبٍ، وَإِذَا بَال فِي الفِرَاشِ وَهُوَ مُمَيِّزٌ يَأْكُلُ وَحْدَهُ وَيَشْرَبُ وَحْدَهُ فَكَذَلِكَ، وَإِذَا سَرَقَ دِرْهَمًا مِنْ مَوْلاهُ أَوْ مِنْ غَيْرِه فَكَذَلِكَ لإِخْلالهَا بِالمَقْصُودِ لأَنَّهُ لا يَأْمَنُهُ عَلى مَاله وَيَشُقُّ عَلَيْه حِفْظُ مَاله عَلى الدَّوَامِ وَتُقْطَعُ يَدُهُ فِي سَرِقَةِ مَال غَيْرِه فَيَكُونُ عَيْبًا بِلا تَفْرِقَةٍ بَيْنَ المَوْلى وَغَيْرِه إِلا فِي المَأْكُولاتِ للأَكْلِ، فَإِنْ سَرَقَهَا مِنْ مَوْلاهَا لَيْسَتْ بِعَيْبٍ، فَإِذَا وُجِدَتْ هَذه الأَشْيَاءُ مِنْ الصَّغِيرِ عِنْدَ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي فِي حَال صِغَرِه فَهُوَ عَيْبٌ يُرَدُّ بِه، وَإِذَا وُجِدَتْ عِنْدَهُمَا فِي حَال كِبَرِه فَكَذَلِكَ. وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَ فَكَانَ عِنْدَ البَائِعِ فِي صِغَرِه وَعِنْدَ المُشْتَرِي فِي كِبَرِه فَلا يُرَدُّ بِه لأَنَّ سَبَبَ هَذِهِ الأَشْيَاءِ مُخْتَلِفٌ بِالصِّغَرِ وَالكِبَرِ عَلى مَا قَال فِي الكِتَابِ.

قَال (وَالجُنُونُ فِي الصِّغَرِ عَيبٌ أَبَدًا) وَمَعنَاهُ: إِذَا جُنَّ فِي الصِّغَرِ فِي يَدِ البَائِعِ ثُمَّ عَاوَدَهُ فِي يَدِ المُشتَرِي فِيهِ أَو فِي الكِبَرِ يَرُدُّهُ؛ لأَنَّهُ عَينُ الأَوَّلِ، إِذ السَّبَبُ فِي الحَالَينِ مُتَّحِدٌ وَهُوَ فَسَادُ البَاطِنِ، وَلَيسَ مَعنَاهُ أَنَّهُ لا يَشتَرِطُ المُعَاوَدَةَ فِي يَدِ المُشتَرِي؛ لأَنَّ اللهَ تَعَالى قَادِرٌ

عَلى إزَالتِهِ وإن كانَ قلمَا يزُولُ فَلا بُدَّ مِن المُعاوَدَةِ للرَّدِّ.

الشرح:

قَال (**وَالجُنُونُ فِي الصِّغَرِ عَيبٌ أَبَدًا**) مَعْنَاهُ: أَنَّ الجُنُونَ فَارَقَ العُيُوبَ المَذْكُورَةَ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ اتِّحَادِ الحَالتَيْنِ، لأَنَّ السَّبَبَ فِي الحَالتَيْنِ وَاحِدٌ وَهُوَ فَسَادُ البَاطِنِ، فَإِذَا جُنَّ فِي يَدِ البَائِعِ فِي صِغَرِهِ يَوْمًا أَوْ سَاعَةً ثُمَّ عَاوَدَهُ عِنْدَ المُشْتَرِي فِي كِبَرِهِ يُرَدُّ بِهِ، وَليْسَ مَعْنَاهُ أَنَّ المُعَاوَدَةَ فِي يَدِ المُشْتَرِي بِشَرْطٍ كَمَا مَال إليْهِ شَمْسُ الأَئِمَّةِ الحلوَانِيُّ وَشَيْخُ الإِسْلامِ، وَهُوَ رِوَايَةُ المُنْتَقَى بِنَاءً عَلى أَنَّ آثَارَهُ لا تَرْتَفِعُ، وَذَلِكَ تَبَيَّنَ فِي حَمَالِيقِ عَيْنَيْهِ لأَنَّ اللهَ تَعَالى قَادِرٌ عَلى إِزَالتِهِ بِحَيْثُ لا يَبْقَى مِنْ أَثَرِهِ شَيْءٌ، وَالأَصْلُ فِي العَقْدِ اللُّزُومُ فَلا يَثْبُتُ وِلايَةُ الرَّدِّ إلا بِالمُعَاوَدَةِ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الأَصْل وَالجَامِعِ الكَبِيرِ.

(قَال: وَالبَخَرُ وَالذفرُ عَيبٌ فِي الجَارِيَةِ)؛ لأنَّ المَقصُودَ قَد يكُونُ الاستِفرَاشَ وَطَلَبَ الوَلدِ وَهُمَا يُخِلانِ بِهِ، وَليسَ بِعَيبٍ فِي الغُلامِ؛ لأنَّ المَقصُودَ الاستِخدَامُ وَلا يُخِلانِ بِهِ، إلا أَن يكُونَ مِن دَاءٍ؛ لأنَّ الدَّاءَ عَيبٌ (وَالزِّنَا وَوَلدُ الزِّنَا عَيبٌ فِي الجَارِيَةِ دُونَ الغُلامِ)؛ لأنَّهُ يُخِلُّ بِالمَقصُودِ فِي الجَارِيَةِ وَهُوَ الاستِفرَاشُ وَطَلَبُ الوَلدِ، وَلا يُخِلُّ بِالمَقصُودِ فِي الغُلامِ وَهُوَ الاستِخدَامُ، إلا أَن يكُونَ الزِّنَا عَادَةً لهُ عَلى مَا قَالُوا؛ لأنَّ اتِّبَاعَهُنَّ يُخِلُّ بِالخِدمَةِ.

الشرح:

قَال (**وَالدَّفَرُ وَالبَخَرُ عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ**) الدَّفَرُ: رَائِحَةٌ مُؤْذِيَةٌ تَجِيءُ مِنْ الإِبطِ، وَالذَّفَرُ بِالذَّال المُعْجَمَةِ: شِدَّةُ الرَّائِحَةِ طَيِّبَةً كَانَتْ أَوْ كَرِيهَةً، وَمِنْهُ مِسْكٌ أَذْفَرُ وَإِبِطٌ دَفْرَاءُ وَهُوَ مُرَادُ الفُقَهَاءِ مِنْ قَوْلهِمْ الدَّفَرُ عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ، وَهَكَذَا فِي الرِّوَايَةِ. وَالبَخَرُ: نَتْنُ رَائِحَةِ الفَمِ، كُلٌّ مِنْهَا عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ للإِخْلال بِمَا عَسَى يَكُونُ مَقْصُودًا وَهُوَ الاسْتِفْرَاشُ، وَليْسَ بِعَيْبٍ فِي الغُلامِ لأَنَّهُ لا يُخِلُّ بِالخِدْمَةِ المَقْصُودَةِ مِنْهُ إلا أَنْ يَكُونَ فَاحِشًا لا يَكُونُ فِي النَّاسِ مِثْلُهُ.

لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ مِنْ دَاءٍ وَالدَّاءُ نَفْسُهُ يَكُونُ عَيْبًا، وَالزِّنَا وَوَلدُ الزِّنَا عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ دُونَ الغُلامِ، لأَنَّ الأَوَّل يُخِلُّ بِالاسْتِفْرَاشِ وَالثَّانِي بِطَلبِ الوَلدِ، فَإِنَّ الوَلدَ يُعَيَّرُ بِزِنَا أُمِّهِ وَليْسَا بِمُخِليْنِ فِي المَقْصُودِ مِنْ الغُلامِ وَهُوَ الاسْتِخْدَامُ، إلا أَنْ يَتَكَرَّرَ ذَلكَ مِنْهُ عَلى مَا قَال المَشَايِخُ فَإِنَّهُ يَصِيرُ عَادَةً وَيُحْتَاجُ إلى اتِّبَاعِهِنَّ وَهُوَ مُخِلٌّ بِالخِدْمَةِ.

قَال (وَالكُفرُ عَيبٌ فِيهِمَا)؛ لأنَّ طَبعَ المُسلمِ يَنفِرُ عَن صُحبتِهِ؛ وَلأنَّهُ يَمتَنِعُ صَرفُهُ فِي بَعضِ الكَفَّارَاتِ فَتَختَلُّ الرَّغبَةُ، فَلو اشتَرَاهُ عَلى أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسلماً لا يَرُدُّهُ؛ لأنَّهُ زَوَالُ العَيبِ. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ يَرُدُّهُ؛ لأنَّ الكَافِرَ يُستَعمَلُ فِيمَا لا يُستَعمَلُ فِيهِ المُسلمُ، وَفَوَاتُ الشَّرطِ بِمَنزِلَةِ العَيبِ.

الشرح:

قَال (وَالكُفْرُ عَيْبٌ فِيهِمَا) **الكُفْرُ عَيْبٌ فِي الجَارِيَةِ وَالغُلامِ** لأَنَّ طَبْعَ المُسْلمِ يَنْفرُ عَنْ صُحْبَتِه، وَالنُّفْرَةُ عَنْ الصُّحْبَةِ تُؤَدِّي إلى قِلةِ الرَّغْبَةِ وَهِيَ تُؤَثِّرُ فِي نُقْصَانِ الثَّمَنِ فَيَكُونُ عَيْبًا، وَلأَنَّهُ يَمْنَعُ صَرْفَهُ عَنْ كَفَّارَةِ القَتْلِ بالاتِّفَاق، وَعَنْ كَفَّارَتَيْ اليَمِينِ وَالظِّهَارِ عِنْدَ بَعْضٍ فَيُخِلُّ بالرَّغْبَةِ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ عَلى أَنَّهُ مُسْلمٌ فَوَجَدَهُ كَافرًا فَلا شُبْهَةَ فِي الرَّدِّ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ عَلى أَنَّهُ كَافرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلمًا لَمْ يُرَدَّ عِنْدَنَا لأَنَّهُ زَوَالُ العَيْبِ وَزَوَالُ الشَّيْءِ لا يَكُونُ إِيَّاهُ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى مَعِيبًا فَإِذَا هُوَ سَليمٌ، فَعَلى هَذَا ذَكَرَ الكُفْرَ فِيمَا اشْتَرَاهُ عَلى أَنَّهُ كَافرٌ للبَرَاءَةِ عَنْ عَيْبِ الكُفْرِ لا للشَّرْطِ بِأَنْ يُوجَدَ فِيه هَذَا الوَصْفُ القَبِيحُ لا مَحَالةَ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ: يُرَدُّ به لأَنَّهُ فَاتَ شَرْطٌ مَرْغُوبٌ، لأَنَّ الأَوْلى بالمُسْلمِ أَنْ يَسْتَعْبِدَ الكَافِرَ وَكَانَ السَّلَفُ يَسْتَعْبِدُونَ العُلُوجَ. وَالجَوَابُ أَنَّ هَذَا أَمْرٌ رَاجِعٌ إلى الدِّيَانَة وَلا عِبْرَةَ به فِي المُعَامَلات.

(قَال: فَلو كَانَت الجَارِيَةُ بَالغَةً لا تَحِيضُ أَو هِيَ مُستَحَاضَةٌ فَهُوَ عَيبٌ)؛ لأنَّ ارتِفَاعَ الدَّمِ وَاستِمرَارَهُ عَلامَةُ الدَّاءِ، وَيُعتَبَرُ فِي الارتِفَاعِ أَقصَى غَايَةِ البُلُوغِ وَهُوَ سَبعَ عَشرَةَ سَنَةً فِيهَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَيُعرَفُ ذَلكَ بِقَول الأَمَةِ فَتُرَدُّ إِذَا انضَمَّ إِليهِ نُكُولُ البَائِعِ قَبلَ القَبضِ وَبَعدَهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

الشرح:

فَلوْ **كَانَتْ الجَارِيَةُ بَالغَةً لا تَحِيضُ** بِأَنْ ارْتَفَعَ عَنْهَا فِي أَقْصَى غَايَةِ البُلُوغِ وَهُوَ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً فِيهَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَادَّعَى المُشْتَرِي بَعْدَ ثَلاثَةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَوْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ فِيمَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَوْ سَنَتَيْنِ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ رَحِمَهُمُ اللهُ أَنَّهَا لَمْ تَحِضْ لحَبَلٍ بِهَا أَوْ لدَاءٍ كَانَ ذَلكَ عَيْبًا تُرَدُّ بِه، وَالمَرْجِعُ فِي الحَبَل قَوْلُ النِّسَاء.

وَيُكْتَفَى بِقَوْلِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فِي حَقِّ سَمَاعِ الْخُصُومَةِ، وَفِي الدَّاءِ قَوْلُ الأَطِبَّاءِ يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ عَدْلَيْنِ. وَقَالَ أَبُو الْمُعِينِ: يَكْفِي قَوْلُ عَدْلٍ وَاحِدٍ مِنْهُمْ. وَقَيَّدْنَا بِأَنْ تَكُونَ الدَّعْوَةُ بَعْدَ الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ، لأَنَّهُ إِذَا ادَّعَى فِي مُدَّةٍ قَصِيرَةٍ لا يَلْزَمُ الْقَاضِيَ الإِصْغَاءُ إِلَى ذَلِكَ، وَبِأَنْ تَكُونَ دَعْوَاهُ مُشْتَمِلَةً عَلَى انْضِمَامِ الْحَبَلِ إِلَى انْقِطَاعِ الْحَيْضِ، أَوْ عَلَى انْضِمَامِ الدَّاءِ إِلَيْهِ لأَنَّ الارْتِفَاعَ بِدُونِ هَذَيْنِ الأَمْرَيْنِ لا يُعَدُّ عَيْبًا، وَكَذَا إِذَا بَلَغَتْ الْمُدَّةَ الْمَذْكُورَةَ وَحَاضَتْ وَلَمْ يَنْقَطِعْ كَانَ ذَلِكَ عَيْبًا، لأَنَّ ارْتِفَاعَ الدَّمِ وَاسْتِمْرَارَهُ عَلامَةُ الدَّاءِ، لأَنَّ الْعَادَةَ فِي الَّتِي خُلِقَتْ عَلَى السَّلامَةِ الْحَيْضُ فِي أَوَانِهِ وَالْمُعَاوَدَةُ عَلَى وَجْهٍ لا يَدُومُ، فَإِذَا جَاوَزَتْ أَقْصَى الْعَدَدِ وَهُوَ سَبْعَةَ عَشْرَةَ سَنَةً وَلَمْ تَحِضْ أَوْ حَاضَتْ وَلَمْ يَنْقَطِعْ كَانَ ذَلِكَ لِدَاءٍ فِي بَطْنِهَا وَالدَّاءُ عَيْبٌ، وَيُعْرَفُ ذَلِكَ: أَيْ الارْتِفَاعُ وَالاسْتِمْرَارُ بِقَوْلِ الأَمَةِ، فَإِنْ أَنْكَرَ الْبَائِعُ ذَلِكَ لا تُرَدُّ عَلَيْهِ إِلا بِحُجَّةٍ، وَلا يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ الأَمَةِ وَحْدَهَا فَيُسْتَحْلَفُ الْبَائِعُ، فَإِنْ نَكَلَ تُرَدُّ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لأَنَّ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِيمَا لا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ مَقْبُولَةٌ فِي تَوَجُّهِ الْخُصُومَةِ فَقَطْ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تُرَدُّ قَبْلَ الْقَبْضِ بِقَوْلِ الأَمَةِ وَبِشَهَادَةِ النِّسَاءِ لأَنَّ الْعَقْدَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَتَأَكَّدْ فَجَازَ أَنْ يُفْسَخَ بِشَهَادَتِهِنَّ

(قَالَ: وَإِذَا حَدَثَ عِندَ الْمُشتَرِي عَيبٌ فَاطَّلَعَ عَلَى عَيبٍ كَانَ عِندَ البَائِعِ فَلَهُ أَن يَرجِعَ بِالنُّقصَانِ وَلا يَرُدُّ المَبِيعَ)؛ لأَنَّ فِي الرَّدِّ إِضرَارًا بِالبَائِعِ؛ لأَنَّهُ خَرَجَ عَن مِلكِهِ سَالِمًا، وَيَعُودُ مَعِيبًا فَامتَنَعَ، وَلا بُدَّ مِن دَفعِ الضَّرَرِ عَنهُ فَتَعَيَّنَ الرُّجُوعُ بِالنُّقصَانِ إِلا أَن يَرضَى البَائِعُ أَن يَأخُذَهُ بِعَيبِهِ؛ لأَنَّهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ.

الشرح:

(قَالَ: وَإِذَا حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ) إِذَا **حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ** بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ **أَوْ غَيْرِهَا ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ** فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ بِأَنْ يُقَوَّمَ الْمَبِيعُ سَلِيمًا عَنْ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ وَمَعِيبًا بِهِ فَمَا كَانَ بَيْنَهُمَا مِنْ عُشْرٍ أَوْ ثُمُنٍ أَوْ سُدُسٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ (وَلا يُرَدُّ الْمَبِيعُ لأَنَّ فِي الرَّدِّ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ) بِخُرُوجِ الْمَبِيعِ مِنْ مِلْكِهِ سَلِيمًا مِنْ الْعَيْبِ الْحَادِثِ وَعَوْدِهِ إِلَيْهِ مَعِيبًا بِهِ وَالإِضْرَارُ مُمْتَنِعٌ (وَلا بُدَّ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ) أَيْ عَنْ الْبَائِعِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَى الْمُشْتَرِي لأَنَّهُ أَيْضًا يَتَضَرَّرُ

بِالْمَعِيبِ، لأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي السَّلامَةَ، وَالرُّجُوعُ طَرِيقٌ صَالِحٌ لِلدَّفْعِ فَتَعَيَّنَ مدْفَعًا، إلا أَنْ يَرْضَى البَائِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ الحَادِثِ لأَنَّهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ، وَالرِّضَا إِسْقَاطٌ لحَقِّهِ كَمَا أَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْضَى أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ القَدِيمِ. فَإِنْ قِيلَ: أَيْنَ قَوْلُكُمْ الأَوْصَافُ لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهَا إِذَا صَارَتْ مَقْصُودَةً بِالتَّنَاوُلِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا كَانَ لَهَا حِصَّةٌ مِنْ الثَّمَنِ، وَهَاهُنَا كَذَلِكَ كَمَا مَرَّ.

قَال (وَمَن اشتَرَى ثَوبًا فقَطَعَهُ فَوَجَدَ بِهِ عَيبًا رَجَعَ بِالعَيبِ)؛ لأَنَّهُ امتَنَعَ الرَّدُّ بِالقَطعِ فَإِنَّهُ عَيبٌ حَادِثٌ (فَإِن قَال البَائِعُ: أَنَا أَقبَلُهُ كَذَلكَ كَانَ لهُ ذَلك)؛ لأَنَّ الامتِنَاعَ لحَقِّهِ وَقَد رَضِيَ بِهِ (فَإِن بَاعَهُ المُشتَرِي لم يَرجِع بِشَيءٍ)؛ لأَنَّ الرَّدَّ غَيرُ مُمتَنِعٍ بِرِضَا البَائِعِ فَيَصِيرُ هُوَ بِالبَيعِ حَابِسًا للمَبِيعِ فَلا يَرجِعُ بِالنُّقصَانِ (فَإِن قَطَعَ الثَّوبَ وَخَاطَهُ أَو صَبَغَهُ أَحمَرَ، أَو لتَّ السَّوِيقَ بِسَمنٍ ثُمَّ اطَّلعَ عَلى عَيبٍ رَجَعَ بِنُقصَانِهِ) لامتِنَاعِ الرَّدِّ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ؛ لأَنَّهُ لا وَجهَ إلى الفَسخِ فِي الأَصل بِدُونِهَا؛ لأَنَّهَا لا تَنفَكُّ عَنهُ، وَلا وَجهَ إليهِ مَعَهَا؛ لأَنَّ الزِّيَادَةَ ليسَت بِمَبِيعَةٍ فَامتَنَعَ أَصلا (وَليسَ للبَائِعِ أَن يَأخُذَهُ)؛ لأَنَّ الامتِنَاعَ لحَقِّ الشَّرعِ لا لحَقِّهِ (فَإِن بَاعَهُ المُشتَرِي بَعدَمَا رَأَى العَيبَ رَجَعَ بِالنُّقصَانِ) لأَنَّ الرَّدَّ مُمتَنِعٌ أَصلا قَبلَهُ فَلا يَكُونُ بِالبَيعِ حَابِسًا للمَبِيعِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ) وَمَنْ اشْتَرَى **ثَوْبًا فَقَطَعَهُ (فَوَجَدَهُ مَعِيبًا** رَجَعَ بِالعَيْبِ لامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِالقَطْعِ) الذِي هُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ. لا يُقَالُ: البَائِعُ يَتَضَرَّرُ بِرَدِّهِ مَعِيبًا وَالْمُشْتَرِي بِعَدَمِ رَدِّهِ، فَكَانَ الوَاجِبُ تَرْجِيحَ جَانِبِ الْمُشْتَرِي فِي دَفْعِ الضَّرَرِ لأَنَّ البَائِعَ غَرَّهُ بِتَدْلِيسِ العَيْبِ.

لأَنَّا نَقُولُ: الْمَعْصِيَةُ لا تَمْنَعُ عِصْمَةَ الْمَالِ كَالغَاصِبِ إِذَا صَبَغَ الْمَغْصُوبَ فَكَانَ فِي شَرْعِ الرُّجُوعِ بِالعَيْبِ نَظَرٌ لَهُمَا، وَفِي إِلزَامِ الرَّدِّ بِالعَيْبِ الحَادِثِ إِضْرَارٌ لِلبَائِعِ لا لِفِعْلٍ بَاشَرَهُ، وَفِي عَدَمِ الرَّدِّ وَإِنْ كَانَ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرِي لكِنْ لِعَجْزِهِ بِمَا بَاشَرَهُ فَكَانَا سَوَاءً فَاعْتُبِرَ مَا هُوَ أَنْظَرُ لَهُمَا، إلا إِذَا قَال البَائِعُ أَنَا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ فَإِنَّ لهُ ذَلِكَ لأَنَّ الامْتِنَاعَ عَنْ الرَّدِّ كَانَ لحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ فَكَانَ إِسْقَاطًا لحَقِّهِ. فَإِنْ قِيلَ: مَا الفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلةِ

وَبَيْنَ مَا إِذَا **اشْتَرَى بَعِيرًا فَنَحَرَهُ فَلَمَّا شَقَّ بَطْنَهُ وَجَدَ أَمْعَاءَهُ فَاسِدَةً** فَإِنَّهُ لا يَرْجِعُ فِيهِ بِنُقْصَانِ العَيْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ.

أُجِيبَ بِأَنَّ النَّحْرَ إِفْسَادٌ لِلمَالِيَّةِ لِصَيْرُورَةِ البَعِيرِ بِهِ عُرْضَةً لِلنَّتْنِ وَالفَسَادِ، وَلِهَذَا لا تُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ بِسَرِقَتِهِ فَيَخْتَلُّ مَعْنَى قِيَامِ المَبِيعِ، فَإِنْ بَاعَهُ المُشْتَرِي يَعْنِي بَعْدَ القَطْعِ ثُمَّ عَلِمَ بِالعَيْبِ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ لأَنَّهُ جَازَ أَنْ يَقُولَ البَائِعُ كُنْت أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ الرَّدُّ مُمْتَنِعًا بِرِضَا البَائِعِ، فَإِنَّ المُشْتَرِيَ يَصِيرُ بِالعَيْبِ حَابِسًا المَبِيعَ وَلا رُجُوعَ بِالنُّقْصَانِ إِذْ ذَاكَ لإِمْكَانِ رَدِّ المَبِيعِ وَأَخْذِ الثَّمَنِ لَوْلا البَيْعُ، وَلَوْ قَطَعَ الثَّوْبَ وَخَاطَهُ أَوْ صَبَغَهُ أَحْمَرَ أَوْ لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصَانِ العَيْبِ لأَنَّ الرَّدَّ قَدْ امْتَنَعَ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ، لأَنَّ الفَسْخَ إِمَّا أَنْ يَرِدَ عَلَى الأَصْلِ بِدُونِ الزِّيَادَةِ أَوْ عَلَيْهِ مَعَهَا وَلا سَبِيلَ إِلَى شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ .

أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّهَا لا تَنْفَكُّ عَنْهُ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ وَالفَسْخُ لا يَرِدُ إِلا عَلَى مَحَلِّ العَقْدِ وَالامْتِنَاعُ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ فِي حَقِّ الشَّرْعِ لِكَوْنِهِ رِبًا فَلَيْسَ لِلبَائِعِ أَنْ يَقُولَ أَنَا آخُذُهُ فَتَعَيَّنَ الرُّجُوعُ بِالعَيْبِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ. وَلا يُشْكِلُ بِالزِّيَادَةِ المُتَّصِلَةِ المُتَوَلِّدَةِ مِنْ البَيْعِ كَالسِّمَنِ وَالجَمَالِ فَإِنَّهَا لا تَمْنَعُ الرَّدَّ بِالعَيْبِ لأَنَّ فَسْخَ العَقْدِ فِي الزِّيَادَةِ مُمْكِنٌ تَبَعًا لِلأَصْلِ لأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَا تَمَحَّضَتْ تَبَعًا لِلأَصْلِ بِاعْتِبَارِ التَّوَلُّدِ. بِخِلافِ الصَّبْغِ وَالخِيَاطَةِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الزِّيَادَةَ إِمَّا مُتَّصِلَةٌ أَوْ مُنْفَصِلَةٌ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا إِمَّا مُتَوَلِّدَةٌ مِنْ المَبِيعِ أَوْ غَيْرُ مُتَوَلِّدَةٍ. فَالمُتَّصِلَةُ المُتَوَلِّدَةُ مِنْ المَبِيعِ كَالجَمَالِ وَالحُسْنِ لا تَمْنَعُ الرَّدَّ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَغَيْرُ المُتَوَلِّدَةِ كَالصَّبْغِ وَالخِيَاطَةِ تَمْنَعُ عَنْهُ بِالاتِّفَاقِ، وَالمُنْفَصِلَةُ المُتَوَلِّدَةُ كَالوَلَدِ وَالثَّمَرِ تَمْنَعُ مِنْهُ لِمَا مَرَّ مِنْ التَّعْلِيلِ، وَغَيْرُ المُتَوَلِّدَةِ كَالكَسْبِ لا تَمْنَعُ، لَكِنَّ طَرِيقَ ذَلِكَ أَنْ يُفْسَخَ العَقْدُ فِي الأَصْلِ دُونَ الزِّيَادَةِ وَتُسَلَّمُ الزِّيَادَةُ لِلمُشْتَرِي مَجَّانًا، بِخِلافِ الوَلَدِ.

وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الكَسْبَ لَيْسَ بِمَبِيعٍ بِحَالٍ مَا لأَنَّهُ تَوَلَّدَ مِنْ المَنَافِعِ، وَالمَنَافِعُ غَيْرُ الأَعْيَانِ وَلِهَذَا كَانَتْ مَنَافِعُ الحُرَّةِ مَالا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الحُرُّ مَالا وَالوَلَدُ مُتَوَلِّدٌ مِنْ المَبِيعِ فَيَكُونُ لَهُ حُكْمُ المَبِيعِ، فَلا يَجُوزُ أَنْ تُسَلَّمَ لَهُ مَجَّانًا لِمَا فِيهِ مِنْ الرِّبَا، فَإِنْ بَاعَ المُشْتَرِي الثَّوْبَ المَخِيطَ أَوْ الثَّوْبَ المَصْبُوغَ بِالحُمْرَةِ أَوْ السَّوِيقَ المَلْتُوتَ بِالسَّمْنِ بَعْدَ مَا رَأَى

العَيْبَ رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ لأَنَّ الرَّدَّ كَانَ مُمْتَنِعًا قَبْلَ البَيْعِ فَلا يَكُونُ المُشْتَرِي بِالبَيْعِ حَابِسًا بِالمَبِيعِ، وَلَوْ كَانَ البَيْعُ قَبْلَ الخِيَاطَةِ كَانَ حَابِسًا، وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ يَكُونُ المَبِيعُ قَائِمًا فِيهِ عَلَى مِلْكِ المُشْتَرِي وَيُمْكِنُهُ الرَّدُّ بِرِضَا البَائِعِ، فَإِنْ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ لا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ المَبِيعُ قَائِمًا فِيهِ عَلَى مِلْكِ المُشْتَرِي وَيُمْكِنُهُ الرَّدُّ وَإِنْ رَضِيَ بِهِ البَائِعُ، فَإِنْ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ رَجَعَ بِنُقْصَانِ العَيْبِ

وَعَن هَذَا (قُلنَا: إنَّ مَن اشتَرَى ثَوبًا فَقَطَعَهُ لبَاسًا لوَلدِهِ الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ اطَّلعَ عَلى عَيبٍ لا يَرجِعُ بِالنُّقصَانِ، وَلو كَانَ الوَلدُ كَبِيرًا يَرجِعُ؛ لأَنَّ التَّمليكَ حَصَل فِي الأَوَّل قَبل الخِيَاطَةِ، وَفِي الثَّانِيَ بَعدَهَا بِالتَّسليمِ إليهِ).

الشرح:

(وَعَنْ هَذَا) أَيْ عَمَّا قُلنَا إنَّ المُشْتَرِيَ مَتَى كَانَ حَابِسًا لِلمَبِيعِ لا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ وَمَتَى لَمْ يَكُنْ حَابِسًا يَرْجِعُ (قُلنَا: إنَّ مَنْ **اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لبَاسًا لوَلده الصَّغِيرِ وَخَاطَهُ ثُمَّ اطَّلعَ عَلَى عَيْبٍ** لَمْ يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ) لأَنَّ التَّمْليكَ حَصَلَ قَبْلَ الخِيَاطَةِ، لأَنَّهُ لَمَّا قَطَعَهُ لبَاسًا لهُ كَانَ وَاهِبًا لهُ وَقَابِضًا لأَجْلِهِ فَتَتِمُّ الهِبَةُ بِنَفْسِ الإِيجَابِ وَقَامَتْ يَدُهُ مَقَامَ يَدِ الصَّغِيرِ.

فَالقَطْعُ عَيْبٌ حَادِثٌ وَلِلمُشْتَرِي الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ وَلِلبَائِعِ أَنْ يَقُول أَنَا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ، لكِنْ بِاعْتِبَارِ أَنَّ القَطْعَ للوَلدِ الصَّغِيرِ وَهُوَ تَمْليكٌ لهُ صَارَ حَابِسًا لِلمَبِيعِ فَيَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ بِالعَيْبِ، وَهَذِهِ نَظِيرُ مَا إذَا بَاعَ بَعْدَ القَطْعِ قَبْلَ الخِيَاطَةِ، وَعَلَى هَذَا ذَكَرَ الخِيَاطَةَ فِي هَذِهِ المَسْأَلةِ لَيْسَ بِمُحْتَاجٍ إلَيْهِ إلا أَنَّهُ ذَكَرَهَا بِمُقَابَلةِ الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ (وَلوْ كَانَ الوَلدُ كَبِيرًا رَجَعَ بِنُقْصَانِ العَيْبِ) لأَنَّ القَطْعَ عَيْبٌ حَادِثٌ، فَلِلمُشْتَرِي الرُّجُوعُ بِالعَيْبِ وَبِالخِيَاطَةِ امْتَنَعَ الرُّجُوعُ حَقًّا للشَّرْعِ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ، فَبِالتَّمْليكِ وَالتَّسْليمِ بَعْدَ ذَلِكَ لا يَكُونُ حَابِسًا لِلمَبِيعِ لامْتِنَاعِ الرَّدِّ قَبْلهُ، وَهَذِهِ نَظِيرُ مَا إذَا بَاعَهُ بَعْدَ الخِيَاطَةِ وَالصَّبْغِ وَاللتِّ.

قَال (وَمَن اشتَرَى عَبدًا فَأَعتَقَهُ أَو مَاتَ عِندَهُ ثُمَّ اطَّلعَ عَلى عَيبٍ رَجَعَ بِنُقصَانِهِ) أَمَّا المَوتُ؛ فَلأَنَّ المِلكَ يَنتَهِي بِهِ وَالامتِنَاعُ حُكمِيٌّ لا يَفعلُهُ، وَأَمَّا الإِعتَاقُ فَالقِيَاسُ فِيهِ أَن لا يَرجِعَ؛ لأَنَّ الامتِنَاعَ بِفِعلهِ فَصَارَ كَالقَتل، وَفِي الاستِحسَانِ: يَرجِعُ؛ لأَنَّ العِتقَ إنهَاءُ المِلكِ؛ لأَنَّ الآدَمِيَّ مَا خُلقَ فِي الأَصل مَحَلا للمِلكِ، وَإِنَّمَا يَثبُتُ المِلكُ فِيهِ مُوَقَّتًا إلى

الإعتاق فكَانَ إنهاءً فصارت كالموت، وهذا؛ لأنَّ الشَّيءَ يتقرَّرُ بانتهائه فيُجعلُ كأنَّ الملكَ باقٍ والرَّدَّ متعذّر. والتَّدبيرُ والاستيلادُ بمنزلته؛ لأنَّهُ تعذَّرَ النَّقلُ معَ بقاءِ المَحل بالأمرِ الحُكميِّ (وإن أعتقَهُ على مالٍ لم يرجع بشيءٍ) لأنَّهُ حَبَسَ بدلَهُ وحبسُ البدَل كحَبسِ المُبدَل. وعَن أبي حنيفةَ رحمهُ اللهُ: أنَّهُ يرجعُ؛ لأنَّهُ إنهاءٌ للملكِ وإن كانَ بعوضٍ.

الشرح:

قَال: وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ) اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ (أَوْ مَاتَ عِنْدَهُ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ أَمَّا المَوْتُ فَلأَنَّ الملكَ يَنْتَهِي بِهِ) أَيْ يَتِمُّ، وَكُلُّ مَا انْتَهَى فَقَدْ لزِمَ لامْتِنَاعِ الرَّدِّ حِينَئِذٍ، وَفِيهِ إِضْرَارٌ لِلْمُشْتَرِي بِمَا لَيْسَ بِفِعْلِه وَهُوَ المَوْتُ فَيَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ (وَالامْتِنَاعُ حُكْمِيٌّ لا بِفِعْلِه) يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الامْتِنَاعَ إِذَا كَانَ بِفِعْلِه لا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ وَهُوَ مَنْقُوضٌ بِمَا إِذَا صَبَغَ الثَّوْبَ أَحْمَرَ فَإِنَّهُ امْتَنَعَ الرَّدُّ بِفِعْلِه وَيُوجِبُ الرُّجُوعَ بِالعَيْبِ.

أُجِيبَ بِأَنَّ امْتِنَاعَ الرَّدِّ هُنَاكَ بِسَبَبِ وُجُودِ زِيَادَةٍ فِي المَبِيعِ بِسَبَبِ ذَلِكَ الفِعْلِ فَكَانَ الامْتِنَاعُ لِحَقِّ الشَّرْعِ وَهُوَ شُبْهَةُ الرِّبَا. وَرُدَّ بِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَجِبُ أَنْ يَقُولَ: وَالامْتِنَاعُ حُكْمِيٌّ لا يَفْعَلُهُ الذي لا يُوجِبُ الزِّيَادَةَ، وَالحَقُّ أَنْ يُقَالَ فِي الجَوَابِ عَدَمُ الرَّدِّ فِي الصَّبْغِ بِمَا حَصَلَ مِنْ فِعْلِه مِنْ وُجُودِ الزِّيَادَةِ فِي المَبِيعِ لا بِفِعْلِه، وَأَمَّا الإِعْتَاقُ فَالقِيَاسُ فِيهِ أَنْ لا يَرْجِعَ لأَنَّ الامْتِنَاعَ بِفِعْلِه وَذَلِكَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، لأَنَّهُ لَمَّا اكْتَسَبَ بِسَبَبِ تَعَذُّرِ الرَّدِّ كَانَ حَابِسًا حُكْمًا فَكَأَنَّهُ فِي يَدِه يَحْبِسُهُ وَيُرِيدُ الرُّجُوعَ فَصَارَ كَالقَتْلِ وَفِي الاسْتِحْسَانِ: يَرْجِعُ لأَنَّ العِتْقَ إِنْهَاءُ الملكِ لأَنَّ الآدَمِيَّ مَا خَلَفَ فِي الأَصْلِ مَحَلا لِلملكِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الملكُ فِيهِ مُوَقَّتًا إِلى وَقْتِ الإِعْتَاقِ وَالمُوَقَّتُ إِلى وَقْتٍ يَنْتَهِي بِانْتِهَائِه، فَكَانَ الإِعْتَاقُ إِنْهَاءً كَالمَوْتِ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيْ جَوَازُ الرُّجُوعِ بِنُقْصَانِ العَيْبِ عِنْدَ الانْتِهَاءِ لأَنَّ الشَّيْءَ يَتَقَرَّرُ بِانْتِهَائِه فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الملكَ بَاقٍ وَالرَّدُّ فَصَارَ حَابِسًا، أَلا تَرَى أَنَّ الوَلاءَ يَثْبُتُ بِالعِتْقِ وَالوَلاءُ أَثَرٌ مِنْ آثَارِ الملكِ فَبَقَاؤُهُ كَبَقَاءِ أَصْلِ الملكِ (وَالتَّدْبِيرُ وَالاسْتِيلادُ بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ) لأَنَّ النَّقْلَ إِلى ملكِ البَائِعِ تَعَذَّرَ بِالرَّدِّ بِالأَمْرِ الحُكْمِيِّ مَعَ بَقَاءِ المَحَلِ وَالملكِ.

فَإِنْ قِيلَ: كَيْفَ يَكُونَانِ كَالإِعْتَاقِ وَهُوَ مِنْهُ دُونَهُمَا فَالجَوَابُ أَنَّ الإِنْهَاءَ يَحْتَاجُ

إليْه لتقْرِيرِ الملكِ بجعْل ما لمْ يكُنْ كائنًا، وهاهُنا مُتقرِّرٌ فلا حاجة إليْهِ (وإنْ أعْتقهُ على مالٍ) أوْ كاتبهُ

(فإن قتل المُشتري العبد أو كان طعامًا فأكله لم يرجع بشيءٍ عند أبي حنيفة رحمهُ اللهُ أمَّا القتلُ فالمذكُورُ ظاهرُ الرِّواية وعن أبي يُوسُف رحمهُ اللهُ أنَّهُ يرجعُ) لأنَّ قتل المولى عبدهُ لا يتعلقُ بهِ حُكمٌ دُنياويٌّ فصار كالموتِ حتف أنفهِ فيكُونُ إنهاءً. ووجهُ الظَّاهرِ أنَّ القتل لا يُوجدُ إلا مضمُونًا، وإنَّما يسقُطُ الضَّمانُ هاهُنا باعتبارِ الملكِ فيصيرُ كالمُستفيدِ بهِ عوضًا، بخلافِ الإعتاقِ؛ لأنَّهُ لا يُوجبُ الضَّمانَ لا محالة كإعتاقِ المُعسرِ عبدًا مُشتركًا، وأمَّا الأكلُ فعلى الخلافِ، فعندهُما يرجعُ وعندهُ لا يرجعُ استحسانًا، وعلى هذا الخلافِ إذا لبس الثَّوب حتَّى تخرَّق لهُما أنَّهُ صنع في المبيعِ ما يُقصدُ بشرائهِ ويُعتادُ فعلُهُ فيهِ فأشبه الإعتاق. ولهُ أنَّهُ تعذَّر الرَّدُّ بفعلٍ مضمُونٍ منهُ في المبيعِ فأشبه البيع والقتل، ولا مُعتبر بكونهِ مقصُودًا؛ ألا يرى أنَّ البيع ممَّا يُقصدُ بالشِّراءِ ثُمَّ هُو يمنعُ الرُّجُوع، فإن أكل بعض الطَّعامِ ثُمَّ علم بالعيبِ فكذا الجوابُ عند أبي حنيفة رحمهُ اللهُ؛ لأنَّ الطَّعام كشيءٍ واحدٍ فصار كبيعِ البعضِ، وعندهُما أنَّهُ يرجعُ بنُقصانِ العيبِ في الكُل، وعنهُما أنَّهُ يرُدُّ ما بقي؛ لأنَّهُ لا يضُرُّهُ التَّبعيضُ.

الشرح:

(لمْ يرْجعْ بشيْءٍ) لأنَّهُ حبس بدلهُ، وحبْسُ البدل كحبْسِ المُبْدل. وعنْ أبي حنيفة أنَّهُ يرْجعُ لأنَّ الإعْتاق إنْهاءُ الملكِ وإنْ كان بعوضٍ لأنَّ المال فيه ليْس بأمْرٍ أصْليٍّ بل منْ العوارضِ ولهذا يثْبُتُ الولاءُ به، وإنْ قتل **المُشْتري العبْد المبيع ثُمَّ اطَّلع على عيْبٍ** لمْ يرْجعْ بنُقْصانِ العيْبِ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وعنْ أبي يُوسُف أنَّهُ يرْجعُ، وذكر في الينابيعِ قوْل مُحمَّدٍ معهُ لأنَّ قتْل المولى عبْدهُ لا يتعلقُ به حُكْمٌ دُنْيويٌّ يُفيدُ بدلا كالقصاصِ والدِّيةِ فصار كالموْتِ بمرضٍ على فراشه وقدْ تقدَّم حُكْمُهُ.

وجْهُ الظَّاهرِ أنَّ القتْل لا يُوجدُ إلا مضْمُونًا لقوْله ﷺ «**ليْس في الإسْلامِ دمٌ مُفرَّجٌ**» أيْ مُبْطلٌ، وسُقُوطُ القصاصِ والدِّيةِ عنْ المولى في قتْل عبْده إنَّما هُو باعْتبارِ الملك فصار كالمُسْتفيد بالملك عوضًا، بخلاف الإعْتاق فإنَّهُ ليْس بمُوجبٍ للضَّمان في غيْرِ الملك مُطْلقًا لعدمِ نُفُوذِه، ومنْ أحدِ الشَّريكيْنِ إذا كان مُعْسرًا فقدْ تخلف عنْ الضَّمانِ فلمْ يصرْ به

مُسْتَقْضِيًا فَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ، وَإِذَا كَانَ المَبِيعُ طَعَامًا فَأَكَلَهُ أَوْ ثَوْبًا فَلبِسَهُ حَتَّى تَخرَّقَ لا يَرْجِعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ اسْتِحْسَانًا، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ لأَنَّهُ فَعَل بالمَبِيعِ مَا يُقْصَدُ بِشرَائه وَيُعْتَادُ فِعْلُهُ فِيه فَأَشْبَهَ الإعْتَاقَ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الرَّدَّ تَعَذَّرَ بِفعْلٍ مَضْمُونٍ منْ المُشْتَرِي فِي المَبِيعِ كَمَا إِذَا بَاعَ أَوْ قَتَل، وَذَلكَ لأَنَّ الأَكْل وَاللُّبْسَ مُوجِبٌ للضَّمَان فِي ملكِ الغَيْرِ، وَبِاعْتِبَارِ ملكِه اسْتَفَادَ البَرَاءَةَ فَذَلكَ بِمَنْزِلة عِوَضٍ سُلِّمَ لهُ.

وَالجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِمَا إِنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِكَوْنه مَقْصُودًا لأَنَّ البَيْعَ مِمَّا يُقْصَدُ بِالشِّرَاء ثُمَّ هُوَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بالاتِّفَاق وَإِنْ أَكل بَعْضَهُ ثُمَّ عَلمَ بالعَيْب، فَكَذَا الجَوَابُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّ الطَّعَامَ كَشَيْءٍ وَاحد فَصَارَ كَبَيْعِ البَعْضِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّد رَحِمَهُمَا اللهُ رِوَايَتَان: فِي رِوَايَة يَرْجِعُ بنُقْصَان العَيْب فِي الكُل لأَنَّ الطَّعَامَ فِي حُكْمِ شَيْءٍ وَاحدٍ فَلا يُرَدُّ بَعْضُهُ بالعَيْب وَأَكْلُ الكُل عنْدَهُمَا لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بالعَيْبِ فَأَكْلُ البَعْضِ أَوْلى. وَفِي رِوَايَة: يُرَدُّ مَا بَقِيَ لأَنَّهُ لا يَضُرُّهُ التَّبْعيضُ فَهُوَ قَادرٌ عَلى الرَّدِّ فِي البَعْضِ كَمَا قَبَضَهُ وَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ فِيمَا أَكَلهُ.

وَفِي بَيْعِ البَعْضِ عَنْهُمَا رِوَايَتَان: فِي إحْدَاهُمَا لا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ كَمَا هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ المَذْكُورُ هَاهُنَا لأَنَّ الطَّعَامَ شَيْءٌ وَاحدٌ فَبَيْعُ البَعْضِ فِيه كَبَيْعِ الكُل. وَفِي الأُخْرَى يُرَدُّ مَا بَقِيَ لأَنَّهُ لا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ وَلكِنْ لا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ فِيمَا بَاعَ اعْتِبَارًا للبَعْضِ بِالكُل.

(قَال: وَمَن اشتَرَى بَيضًا أَو بِطِّيخًا أَو قِثَّاءً أَو خِيارًا أَو جوزًا فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فَاسِدًا فَإِن لم يَنتَفِع بِهِ رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهُ)؛ لأَنَّهُ ليسَ بِمَالٍ فَكَانَ البيعُ بَاطِلا، وَلا يُعتَبَرُ فِي الجوزِ صَلاحُ قِشرِهِ عَلى مَا قِيل لأَنَّ ماليَّتَهُ بِاعتِبَارِ اللُّبِّ (وَإِن كَانَ يَنتَفِعُ بِهِ مَعَ فَسَادِهِ لم يَرُدَّهُ)؛ لأَنَّ الكَسرَ عَيبٌ حَادِثٌ (وَ) لكِنَّهُ (يَرجِعُ بِنُقصَانِ العَيبِ) دَفعًا للضَّرَرِ بِقَدرِ الإمكَانِ. وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَرُدُّهُ؛ لأَنَّ الكَسرَ بِتَسليطِهِ. قُلنَا: التَّسليطُ عَلى الكَسرِ فِي مِلكِ المُشتَرِي لا فِي مِلكِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ ثَوبًا فَقَطَعَهُ، وَلو وَجَدَ البَعضَ فَاسِدًا وَهُوَ قَليلٌ جَازَ البَيعُ استِحسَانًا؛ لأَنَّهُ لا يَخلُو عَن قَليلٍ فَاسِدٍ. وَالقَليلُ مَا لا يَخلُو عَنهُ الجوزُ عَادَةً كَالوَاحِدِ وَالاثنَينِ فِي المِائَةِ، وَإِن كَانَ الفَاسِدُ كَثِيرًا لا يَجُوزُ وَيَرجِعُ بِكُل الثَّمَنِ؛ لأَنَّهُ جَمَعَ بَينَ المَال وَغيرِهِ فَصَارَ كَالجَمعِ بَينَ الحُرِّ وَالعَبدِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى بَيْضًا أَوْ بطِّيخًا) إذَا **اشْتَرَى بَيْضًا أَوْ بطِّيخًا** (**أَوْ قثَّاءً أَوْ جوْزًا**) **أَوْ شَيْئًا مِنْ الفَوَاكِه** (**فَكَسَرَهُ**) **غَيْرَ عَالِمٍ بِعَيْبِه** (**فَوَجَدَ الكُل فَاسِدًا**) بِأَنْ كَانَ مُنْتِنًا أَوْ مُرًّا أَوْ خَالِيًا بِحَيْثُ لا يَصْلُحُ لأَكْلِ النَّاسِ وَلا لعَلف الدَّوَابِّ وَلَمْ يَتَنَاوَل مِنْهُ شَيْئًا بَعْدَمَا ذَاقَهُ (فَلهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالثَّمَنِ كُله) لأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِالكَسْرِ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ إذْ المَالُ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ إمَّا فِي الحَال وَإِمَّا فِي المَآل وَالمَذْكُورُ لَيْسَ كَذَلكَ، وَتَفَطَّنْ مِنْ القُيُودِ بِأَضْدَادِهَا، فَإِنَّهُ إذَا كَسَرَهُ عَالمًا بِعَيْبِه صَارَ رَاضِيًا.

وَإِذَا صَلحَ لأَكْل بَعْضِ النَّاسِ أَوْ الدَّوَابِّ أَوْ وَجَدَهُ قَليل اللُّبِّ كَانَ مِنْ العُيُوب لا مِنْ الفَسَاد، وَإِنْ تَنَاوَل مِنْهُ شَيْئًا بَعْدَمَا ذَاقَهُ صَارَ رَاضِيًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَالا لا يَكُونُ مَحَلا للبَيْعِ فَيَكُونُ بَاطلا. فَإِنْ قِيل: التَّعْليلُ صَحِيحٌ فِي البَيْضِ لأَنَّ قِشْرَهُ لا قِيمَةَ لهُ، وَأَمَّا الجَوْزُ فَرُبَّمَا يَكُونُ لقِشْرِهِ قِيمَةٌ فِي مَوْضِعٍ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَال الحَطَبِ لعِزَّتِه فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ العَقْدُ صَحِيحًا فِي القِشْرِ بِحِصَّتِه لمُصَادَفَته المَحَل وَيَرْجِعُ عَلى البَائِعِ بِحِصَّة اللُّبِّ كَمَا ذَهَبَ إليْه بَعْضُ مَشَايِخِنَا. أَجَابَ المُصَنِّفُ بِقَوْله وَلا يُعْتَبَرُ فِي الجَوْزِ صَلاحُ قِشْرِه عَلى مَا قِيل، لأَنَّ مَاليَّةَ الجَوْزِ قَبْل الكَسْرِ بِاعْتِبَارِ اللُّبِّ دُونَ القِشْرِ، وَإِذَا كَانَ اللُّبُّ بِحَيْثُ لا يُنْتَفَعُ بِه لمْ يُوجَدْ مَحَلُّ البَيْعِ فَيَقَعُ بَاطلا فَيَرُدُّ القِشْرُ وَيَرْجِعُ بِكُل الثَّمَنِ، وَعَلى هَذَا إذَا كَانَ المَبِيعُ بَيْضَ النَّعَامَة فَوَجَدَهَا بِالكَسْرِ مَذِرَةً ذَكَرَ بَعْضُ المَشَايِخِ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ، وَهَذَا الفَصْلُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِلا خِلاف لأَنَّ مَاليَّةَ بَيْضِ النَّعَامَة قَبْل الكَسْرِ بِاعْتِبَارِ القِشْرِ وَمَا فِيه جَمِيعًا، وَإِذَا كَانَ مِمَّا يُنْتَفَعُ بِه فِي الجُمْلة لمْ يَرُدَّهُ لتَعَيُّبِه بِالكَسْرِ الحَادِثِ لكِنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ دَفْعًا للضَّرَرِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ مِنْ الجَانِبَيْنِ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَرُدُّهُ لأَنَّ الكَسْرَ وَإِنْ كَانَ عَيْبًا حَادِثًا لكِنَّهُ بِتَسْليطه. قُلنَا: التَّسْليطُ عَلى الكَسْرِ فِي مِلكِ المُشْتَرِي لا فِي مِلكِ البَائِعِ لأَنَّ بِالبَيْعِ لمْ يَبْقَ مِلكُهُ فَلمْ يَكُنْ التَّسْليطُ إلا فِي مِلكِ المُشْتَرِي، وَذَلكَ هَدَرٌ لعَدَمِ وِلايَته عَليْه فَصَارَ كَمَا إذَا بَاعَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ ثُمَّ وَجَدَهُ مَعِيبًا فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَان بِالإِجْمَاعِ وَإِنْ حَصَل التَّسْليطُ مِنْهُ لكَوْنه هَدَرًا، وَلوْ وَجَدَ البَعْضَ فَاسِدًا فَالفَاسِدُ إمَّا أَنْ يَكُونَ قَليلا كَاثْنَيْنِ فِي المِائَة أَوْ كَثِيرًا كَمَا فَوْقَهُ. فَفِي

الأَوَّل جَازَ البَيْعُ اسْتِحْسَانًا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ البَائِعَ لأَجْلِه لأَنَّهُ عِنْدَ الإِقْدَامِ عَلى العَقْدِ الظَّاهِرِ مِنْ حَالِه الرِّضَا بِالْمُعْتَادِ وَالجَوْزُ فِي العَادَة لا يَخْلُو عَنْ هَذَا.

وَفِي الثَّانِي لا يَجُوزُ وَيَرْجِعُ بِكُل الثَّمَنِ لأَنَّهُ جَمْعٌ بَيْنَ المَال وَغَيْرِه، وَذَلكَ مُفْسِدٌ للعَقْدِ كَالجَمْعِ بَيْنَ الحُرِّ وَالقِنِّ.

(قَال: وَمَن بَاعَ عَبدًا فَبَاعَهُ المُشتَرِي ثُمَّ رُدَّ عَليهِ بِعَيبٍ فَإِن قَبِل بِقَضَاءِ القَاضِي بِإِقرَارٍ أَو بَيِّنَةٍ أَو بِإِبَاءِ يَمِينٍ لهُ أَن يَرُدَّهُ عَلى بَائِعِهِ)؛ لأَنَّهُ فَسخٌ مِن الأَصل فَجَعَل البَيعَ كَأَن لم يَكُن غَايَةُ الأَمرِ أَنَّهُ أَنكَرَ قِيَامَ العَيبِ لكِنَّهُ صَارَ مُكَذَّبًا شَرعًا بِالقَضَاءِ، وَمَعنَى القَضَاءِ بِالإِقرَارِ أَنَّهُ أَنكَرَ الإِقرَارَ فَأُثبِتَ بِالبَيِّنَةِ، وَهَذَا بِخِلافِ الوَكِيل بِالبَيعِ إِذَا رُدَّ عَليهِ بِعَيبٍ بِالبَيِّنَةِ حَيثُ يَكُونُ رَدًّا عَلى المُوَكِّل؛ لأَنَّ البَيعَ هُنَاكَ وَاحِدٌ وَالمَوجُودُ هَاهُنَا بَيعَانِ، فَيُفسَخُ الثَّانِي وَالأَوَّلُ لا يَنفَسِخُ (وَإِن قَبِل بِغَيرِ قَضَاءِ القَاضِي ليسَ لهُ أَن يَرُدَّهُ)؛ لأَنَّهُ بَيعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالثٍ وَإِن كَانَ فَسخًا فِي حَقِّهِمَا وَالأَوَّلُ ثَالثُهُمَا (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِن رُدَّ عَليهِ بِإِقرَارِهِ بِغَيرِ قَضَاءٍ بِعَيبٍ لا يَحدُثُ مِثلُهُ لم يَكُن لهُ أَن يُخَاصِمَ الذِي بَاعَهُ) وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الجَوَابَ فِيمَا يَحدُثُ مِثلُهُ وَفِيمَا لا يَحدُثُ سَوَاءٌ. وَفِي بَعضِ رِوَايَاتِ البُيُوعِ: إِن كَانَ فِيمَا لا يَحدُثُ مِثلُهُ يَرجِعُ بِالنُّقصَانِ للتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ العَيبِ عِندَ البَائِعِ الأَوَّل.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ المُشْتَرِي) وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ المُشْتَرِي (**ثُمَّ رَدَّ عَليْه بِعَيْب** فَـ) إِمَّا (أَنْ قَبِل بِقَضَاء القَاضِي) أَوْ بِغَيْرِ قَضَائه، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِإِقْرَارٍ، وَمَعْنَى القَضَاء فِي هَذه الصُّورَة أَنَّ الخَصْمَ ادَّعَى عَلى المُشْتَرِي الإِقْرَارَ بِالعَيْب وَالمُشْتَرِي أَنْكَرَ ذَلكَ فَأَثْبَتَ الخَصْمُ بِالبَيِّنَة، وَإِنَّمَا احْتِيجَ إِلى هَذَا التَّأْوِيل لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُنْكِرْ إِقْرَارَهُ لا يَكُونُ الرَّدُّ مُحْتَاجًا إِلى القَضَاء بَل يُرَدُّ عَليْه بِإِقْرَارِه بِالعَيْب، وَحِينَئذٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلى بَائعه لأَنَّهُ إِقَالةٌ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ (بِبَيِّنَة أَوْ بِإِبَاء يَمِين) وَفِي كُل ذَلكَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلى بَائعه (لأَنَّهُ فَسْخٌ مِنْ الأَصْل فَجُعِل البَيْعُ الثَّانِي كَالمَعْدُومِ) وَالبَيْعُ الأَوَّلُ قَائمٌ فَلهُ الخُصُومَةُ وَالرَّدُّ بِالعَيْب (قَوْلُهُ غَايَةُ الأَمْر) إِشَارَةٌ إِلى جَوَاب زُفَرَ عَمَّا قَال: إِذَا جَحَدَ العَيْبَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَدَّعِيَ عَلى البَائِعِ الأَوَّل أَنَّ بِه عَيْبًا لكَوْن كَلامه مُتَنَاقضًا.

وَوَجْهُهُ أَنَّ غَايَةَ أَمْرِ المُشْتَرِي إِنْكَارُهُ قِيَامَ العَيْبِ، لكِنَّهُ لَمَّا صَارَ مُكَذَّبًا شَرْعًا

بِقَضَاءِ القَاضِي ارْتَفَعَتْ المُنَاقَضَةُ وَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَأَقَرَّ أَنَّ البَائِعَ بَاعَ ملكَ نَفْسه ثُمَّ جَاءَ إِنْسَانٌ وَاسْتَحَقَّهُ بِالبَيِّنَة لا يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الرُّجُوعِ عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ (قَوْلُهُ وَهَذَا بِخلافِ الوَكِيل) إِشَارَةٌ إِلى الجَوَابِ عَمَّا يُقَالُ إِذَا رُدَّ المَبِيعُ بِعَيْبٍ عَلَى الوَكِيلِ بِالبَيِّنَة كَانَ ذَلِكَ رَدًّا عَلَى المُوَكِّل، وَفِيمَا نَحْنُ فِيه الرَّدُّ عَلَى المُشْتَرِي لَيْسَ رَدًّا عَلَى البَائِع.

وَوَجْهُهُ أَنَّ البَيْعَ فِي صُورَةِ الوَكِيلِ بَيْعٌ وَاحِدٌ فَرَدُّهُ عَلَى الوَكِيلِ رَدٌّ عَلَى المُوَكِّل، وَفِيمَا نَحْنُ فِيه بَيْعَانِ وَبِرَدِّ أَحَدِهِمَا لا يَرْتَدُّ الآخَرُ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ لأَنَّهُ إِقَالَةٌ وَهِيَ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالبَائِعُ الأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا هَذَا إِذَا رَدَّ المُشْتَرِي الثَّانِي عَلَى الأَوَّلِ بَعْدَ القَبْضِ وَأَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَ القَبْضِ فَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِقَضَاءٍ أَوْ بِغَيْرِه، لأَنَّ الرَّدَّ قَبْلَ القَبْضِ بِالعَيْبِ فَسْخٌ مِنْ الأَصْلِ فِي حَقِّ الكُل فَصَارَ كَالرَّدِّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ أَوْ بِخِيَارِ الرُّؤْيَة، وَصَرَّحَ بِذِكْرِ وَضْعِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِيَتَبَيَّنَ أَنَّ الجَوَارَ فِي عَيْبٍ لا يَحْدُثُ مِثْلُهُ كَالأُصْبُعِ الزَّائِدَة أَوْ النَّاقِصَة، وَفِي عَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُهُ كَالقُرُوحِ وَالأَمْرَاضِ سَوَاءٌ، وَإِنْ كَانَ قَدْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ العَيْبَ إِذَا كَانَ مِمَّا لا يَحْدُثُ وَقَدْ رَدَّهُ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى بَائِعِه لِتَيَقُّنِه بِوُجُودِه فِي يَدِ البَائِعِ وَهُوَ الذي ذُكِرَ فِي بَعْضِ رِوَايَاتِ بُيُوعِ الأَصْل، وَالصَّحِيحُ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لأَنَّ الرَّدَّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ إِقَالَةٌ تَعْتَمِدُ التَّرَاضِيَ فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ بَيْعٍ جَدِيدٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا وَهُوَ البَائِعُ الأَوَّلُ فَلا يَعُودُ المِلكُ المُسْتَفَادُ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ الأَوَّل لِيُخَاصِمَهُ.

(قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَبَضَهُ فَادَّعَى عَيْبًا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَحْلفَ البَائِعُ أَوْ يُقِيمَ المُشْتَرِي بَيِّنَةً) لأَنَّهُ أَنْكَرَ وُجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ حَيْثُ أَنْكَرَ تَعَيُّنَ حَقِّه بِدَعْوَى العَيْب، وَدَفْعُ الثَّمَنِ أَوَّلا لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ بِإِزَاءِ تَعَيُّنِ المَبِيعِ؛ وَلأَنَّهُ لَوْ قُضِيَ بِالدَّفْعِ فَلَعَلَّهُ يَظْهَرُ العَيْبُ فَيَنْتَقِضُ القَضَاءُ فَلا يَقْضِي بِه صَوْنًا لِقَضَائِه (فَإِنْ قَالَ المُشْتَرِي شُهُودِي بِالشَّام اُسْتُحْلِفَ البَائِعُ وَدَفَعَ الثَّمَن) يَعْنِي إِذَا حَلَفَ وَلا يُنْتَظَرُ حُضُورُ الشُّهُود؛ لأَنَّ فِي الانْتِظَارِ ضَرَرًا بِالبَائِعِ، وَلَيْسَ فِي الدَّفْعِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِه؛ لأَنَّهُ عَلَى حُجَّتِه، أَمَّا إِذَا نَكَلَ أُلزِمَ العَيْبَ؛ لأَنَّهُ حُجَّةٌ فِيه.

الشرح:

قَال (**وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَبَضَهُ فَادَّعَى عَيْبًا** لَمْ يُجْبَرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَحْلفَ البَائِعُ أَوْ يُقِيمَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ) فَإِنْ حَلفَ البَائِعُ دَفَعَ إِلَيْه الثَّمَنَ، وَإِنْ أَقَامَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ

فَهُوَ إِنْ شَاءَ يَدْفَعُ الثَّمَنَ أَوْ المَبِيعَ.

وَاسْتَشْكَلَ هَذِه العِبَارَةَ لأَنَّهُ جَعَلَ غَايَةَ عَدَمِ الإِجْبَارِ إِمَّا يَمِينَ البَائِعِ أَوْ بَيِّنَةَ المُشْتَرِي، وَذَلِكَ بِالنِّسْبَةِ إِلى الأُولى صَحِيحٌ، لأَنَّ بِاليَمِينِ يَتَوَجَّهُ الإِجْبَارُ، وَبِالنِّسْبَةِ إِلى الثَّانِي لَيْسَ بِصَحِيحٍ لأَنَّ بِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ يَسْتَمِرُّ عَدَمُ الإِجْبَارِ لا يَنْتَهِي بِهِ.

وَأَجَابُوا بِأَوْجُهٍ: بِأَنَّهُ مِنْ بَابِ: عَلَفْتهَا تِبْنًا وَمَاءً بَارِدًا تَقْدِيرُهُ وَسَقَيْتهَا مَاءً بَارِدًا، وَبِأَنْ يُجْعَلَ الكَلامُ مُتَضَمِّنًا للفظ عَامٌّ يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الغَايَتَان فَيُقَالُ لَمْ يُجْبَرْ عَلى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَظْهَرَ وَجْهُ الحُكْمِ: أَيْ حُكْمِ الإِجْبَارِ أَوْ حُكْمِ عَدَمِ الإِجْبَارِ لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْ الحَلفِ وَإِقَامَةِ البَيِّنَةِ حُكْمٌ مِنْ الأَحْكَامِ، وَهَذَا مِثْلُ قَوْلِ مَنْ قَال فِي قَوْلِه عَلَفْتهَا تِبْنًا أَنَّهُ بِمَعْنَى أَطْعَمْتهَا، فَإِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِي السَّقْيِ كَمَا يُسْتَعْمَلُ فِي الطَّعْمِ فِي مَعْنَى الشُّرْبِ، قَال تَعَالى ﴿وَمَن لَّمۡ يَطۡعَمۡهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّيٓ﴾ [البقرة:٢٤٩] أَيْ وَمَنْ لَمْ يَشْرَبْهُ وَبِأَنَّ الانْتِظَارَ مُسْتَلزِمٌ لعَدَمِ الإِجْبَارِ، وَذِكْرُ اللازِمِ وَإِرَادَةُ المَلزُومِ كِنَايَةٌ. وَالحَقُّ أَنَّ الاسْتِشْكَال إِنَّمَا هُوَ بِالنَّظَرِ إِلى مَفْهُومِ الغَايَةِ وَهُوَ لَيْسَ بِلازِمٍ (قَوْلُهُ لأَنَّهُ أَنْكَرَ وُجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ) تَعْليلٌ لعَدَمِ الإِجْبَارِ لأَنَّ المُشْتَرِيَ أَنْكَرَ وُجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ لأَنَّهُ أَنْكَرَ تَعَيُّنَ حَقِّهِ بِدَعْوَى العَيْبِ، وَإِنْكَارُ تَعَيُّنِ الحَقِّ إِنْكَارُ علة وُجُوبِ دَفْعِ الثَّمَنِ، لأَنَّ وُجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ أَوَّلا لَيْسَ إِلا لتَعَيُّنِ حَقِّ البَائِعِ بِإِزَاءِ تَعَيُّنِ المَبِيعِ فَحَيْثُ أَنْكَرَ تَعَيُّنَ حَقِّهِ فِي المَبِيعِ لأَنَّ حَقَّهُ فِي السَّلِيمِ فَقَدْ أَنْكَرَ علةَ وُجُوبِ دَفْعِ الثَّمَنِ أَوَّلا وَفِي إِنْكَارِ العلة إِنْكَارُ المَعْلُول فَانْتَصَبَ خَصْمًا وَلا بُدَّ حِينَئِذٍ مِنْ حُجَّةٍ، وَهِيَ إِمَّا بَيِّنَةٌ أَوْ يَمِينُ البَائِعِ.

فَإِنْ قِيل: فِي هَذَا التَّعْليل فَسَادُ الوَضْعِ لأَنَّ صِفَةَ الإِنْكَارِ تَقْتَضِي إِسْنَادَ اليَمِينِ إِلَيْه لا إِقَامَةَ البَيِّنَة بِالحَدِيث. فَالجَوَابُ الاعْتِبَارُ بِالمَعْنَى لا بِالصُّورَةِ، وَهُوَ فِيه مُدَّعٍ يَدَّعِي مَا يُوجِبُ دَفْعَ الثَّمَنِ أَوَّلا وَإِنْ كَانَ فِي الصُّورَةِ مُنْكِرًا (قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ لوْ قَضَى بِالدَّفْعِ) دَليلٌ آخَرُ يَتَضَمَّنُ جَوَابَ مَا قَبْل المُوجِبِ للجَبْرِ وَهُوَ البَيْعُ مَعَ القَبْضِ مُتَحَقِّقٌ، وَمَا ادَّعَاهُ المُشْتَرِي مِنْ العَيْبِ مَوْهُومٌ، وَالمَوْهُومُ لا يُعَارِضُ المُتَحَقِّقَ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ مَا ادَّعَاهُ المُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ مَوْهُومًا لكِنْ يَجِبُ عَلى القَاضِي اعْتِبَارُهُ صَوْنًا لقَضَائِه عَنْ النَّقْضِ، فَإِنَّهُ إِذَا قَضَى بِالدَّفْعِ فَلعَلهُ يَظْهَرُ العَيْبُ فَيَنْتَقِضُ القَضَاءُ.

قَال (فَإِنْ قَال المُشْتَرِي شُهُودِي بِالشَّامِ) إِذَا طُلبَ مِنْ المُشْتَرِي إِقَامَةُ البَيِّنَة عَلى مَا

ادَّعَاهُ فَقَال شُهُودي بِالشَّام غُيَّبٌ (أُسْتُحْلِفَ البَائِعُ) فَإِنْ حَلفَ دُفِعَ إِليْه الثَّمَنُ لأَنَّ فِي الانْتِظَارِ ضَرَرًا بِالبَائِعِ. فَإِنْ قِيل: فِي إِلزَامِ المُشْتَرِي دَفْعَ الثَّمَنِ ضَرَرٌ لهُ أَيْضًا. أَجَابَ المُصَنِّفُ بِقَوْله (وَليْسَ فِي دَفْعِ الثَّمَنِ كَبِيرُ ضَرَرٍ بِهِ لأَنَّهُ عَلى حُجَّته) يَعْنِي هُوَ بِسَبِيلٍ مِنْ إِقَامَة البَيِّنَة عِنْدَ حُضُورِ شُهُوده. وَفِيه بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: الأَوَّلُ مَا قِيل فِي بَقَاءِ المُشْتَرِي عَلى حُجَّته بُطْلانُ قَضَاءِ القَاضِي وَقَدْ تَقَدَّمَ بُطْلانُهُ. وَالثَّانِي أَنَّ الانْتِظَارَ وَإِقَامَةَ الحُجَّة بَعْدَ الدَّفْعِ مُؤَقَّتَان بِحُضُورِ الشُّهُود فَكَيْفَ كَانَ أَحَدُهُمَا ضَرَرًا وَالآخَرُ دُونَهُ؟ وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّ القَاضِيَ هَاهُنَا قَدْ قَضَى بِأَدَاءِ الثَّمَنِ إِلى حِينِ حُضُورِ الشُّهُود لا مُطْلقًا فَلا يَلزَمُ البُطْلانُ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّهُ فِي دَعْوَى غَيْبَة الشُّهُود مُتَّهَمٌ. لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ ذَلكَ مُمَاطَلةً فَلا يُسْمَعُ قَوْلُهُ فِي حَقِّ غَيْرِه، وَإِذَا طَلبَ المُشْتَرِي يَمِينَ البَائِعِ فَنَكَل أُلزِمَ العَيْبَ لأَنَّ النُّكُول حُجَّةٌ فِي ثُبُوت العَيْب.

قِيل هُوَ احْتِرَازٌ عَنْ النُّكُول فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ بِالإِجْمَاعِ وَعَنْ النُّكُول فِي الأَشْيَاءِ السِّتَّة عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

(قَال: وَمَن اشتَرَى عبدًا فَادَّعَى إِبَاقًا لم يُحلف البَائِعُ حَتَّى يُقِيمَ المُشتَرِي البَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِندَهُ) وَالمُرَادُ التَّحليفُ عَلى أَنَّهُ لم يَأبَق عِندَهُ؛ لأَنَّ القَول وَإِن كَانَ قَولهُ وَلكِنَّ إِنكَارَهُ إِنَّمَا يُعتَبَرُ بَعدَ قِيَامِ العَيبِ بِهِ فِي يَدِ المُشتَرِي وَمَعرِفَتِهِ بِالحُجَّةِ (فَإِذَا أَقَامَهَا حَلفَ بِاللهِ لقَد بَاعَهُ وَسَلمَهُ إِليهِ وَمَا أَبَقَ عِندَهُ قَطُّ) كَذَا قَال فِي الكِتَابِ، وَإِن شَاءَ حَلفَهُ بِاللهِ مَا لهُ حَقُّ الرَّدِّ عَليك مِن الوَجهِ الذِي يَدَّعِي أَو بِاللهِ مَا أَبَقَ عِندَك قَطُّ أَمَّا لا يُحَلفُهُ بِاللهِ لقَد بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيبُ وَلا بِاللهِ لقَد بَاعَهُ وَسَلمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيبُ؛ لأَنَّ فِيهِ تَركُ النَّظَرِ للمُشتَرِي؛ لأَنَّ العَيبَ قَد يَحدُثُ بَعدَ البَيعِ قَبل التَّسليمِ وَهُوَ مُوجِبٌ للرَّدِّ، وَالأَوَّلُ ذُهُولٌ عَنهُ وَالثَّانِي يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرطَينِ فَيَتَأَوَّلُهُ فِي اليَمِينِ عِندَ قِيَامِهِ وَقتَ التَّسليمِ دُونَ البَيعِ، وَلو لم يَجِد المُشتَرِي بَيِّنَةً عَلى قِيَامِ العَيبِ عِندَهُ وَأَرَادَ تَحليفَ البَائِعِ مَا يَعلمُ أَنَّهُ أَبَقَ عِندَهُ يُحَلفُ عَلى قَولهِمَا.

وَاختَلفَ المَشَايِخُ عَلى قَول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لهُمَا أَنَّ الدَّعوَى مُعتَبَرَةٌ حَتَّى يَتَرَتَّبَ عَليهَا البَيِّنَةُ فَكَذَا يَتَرَتَّبُ التَّحليفُ. وَلهُ عَلى مَا قَالهُ البَعضُ أَنَّ الحَلفَ يَتَرَتَّبُ عَلى دَعوَى صَحِيحَةٍ، وَليسَت تَصِحُّ إِلا مِن خَصمٍ وَلا يَصِيرُ خَصمًا فِيهِ إِلا بَعدَ قِيَامِ

العَيبِ. وَإِذَا نَكَل عَن اليَمِينِ عِندَهُمَا يَحلفُ ثَانِيًا للرَّدِّ عَلى الوَجهِ الذِي قَدَّمنَاهُ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَادَّعَى إِبَاقًا) إِذَا **ادَّعَى الْمُشْتَرِي إِبَاقَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى وَكَذَّبَهُ الْبَائِعُ** فَالقَاضِي لا يَسْمَعُ دَعْوَى الْمُشْتَرِي حَتَّى يَثْبُتَ وُجُودُ العَيْبِ عِنْدَهُ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ يَسْمَعُ دَعْوَاهُ وَقَال البَائِعُ هَل كَانَ عِنْدَك هَذَا العَيْبُ فِي الحَالَة التِي كَانَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَإِنْ قَال نَعَمْ رَدَّهُ عَلَيْه إِنْ لَمْ يَدَّعِ الرِّضَا أَوْ الإِبْرَاءَ، وَإِنْ أَنْكَرَ وُجُودَهُ عِنْدَهُ أَوْ ادَّعَى اخْتِلافَ الحَالَة قَال القَاضِي لِلْمُشْتَرِي أَلك بَيِّنَةٌ فَإِنْ أَقَامَهَا عَلَيْه رَدَّهُ عَلَيْه، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ وَطَلَبَ اليَمِينَ يُسْتَحْلَفُ أَنَّهُ لَمْ يَأْبِقْ عِنْدَهُ، وَإِنَّمَا لَمْ يَحْلفْ قَبْل إِقَامَةِ الْمُشْتَرِي البَيِّنَةَ لأَنَّ القَوْل وَإِنْ كَانَ قَوْل البَائِعِ لكَوْنِه مُنْكِرًا لكِنَّ إِنْكَارَهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ قِيَامِ العَيْبِ بِه فِي يَد الْمُشْتَرِي، لأَنَّ السَّلامَةَ أَصْلٌ وَالعَيْبَ عَارِضٌ، وَمَعْرِفَتُهُ إِنَّمَا لا تَكُونُ بِالحُجَّة، وَفِيه بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ البَيِّنَةَ إِنَّمَا تُقْبَلُ مِنْ الْمُدَّعِي وَالْمُشْتَرِي فِي هَذِه الصُّورَةِ لَيْسَ بِمُدَّعٍ، بَل فِيمَا إِذَا ادَّعَى العَيْبَ فِي يَد البَائِعِ.

وَالثَّانِي أَنَّ سَلامَةَ الذِّمَمِ عَنْ الدَّيْنِ أَصْلٌ وَالشُّغْل بِه عَارِضٌ، كَمَا أَنَّ السَّلامَةَ عَنْ العَيْبِ أَصْلٌ وَالعَيْبَ عَارِضٌ، فَأَيُّ فَرْقٍ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيه وَبَيْنَ مَا إِذَا **ادَّعَى عَلى آخَرَ دَيْنًا فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْه ذَلكَ،** فَإِنَّ القَاضِيَ يَسْمَعُ دَعْوَاهُ وَيَأْمُرُ الخَصْمَ بِالجَوَاب، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ قِيَامُ الدَّيْنِ فِي الحَال وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بِأَنَّ إِقَامَةَ هَذِه البَيِّنَة مِنْ تَتِمَّة إِقَامَة البَيِّنَة عَلى أَنَّ العَيْبَ كَانَ عِنْدَ البَائِعِ لعَدَمِ تَمَكُّنِه مِنْ تِلكَ إِلا بِهَذِه فَكَانَتْ مِنْ الْمُدَّعِي بِهَذَا الاعْتِبَارِ، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ قِيَامَ الدَّيْنِ فِي الحَال لوْ كَانَ شَرْطًا لاسْتِمَاعِ الخُصُومَة لَمْ يَتَوَسَّل الْمُدَّعِي إِلى إِحْيَاء حَقِّه لأَنَّهُ رُبَّمَا لا يَكُونُ لَهُ بَيِّنَةٌ، أَوْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ لكِنْ لا يَقْدرُ عَلى إِقَامَتِهَا لمَوْتٍ أَوْ غَيْبَة، بِخِلاف مَا نَحْنُ فِيه لأَنَّ تَوَسُّل الْمُشْتَرِي إِلى إِحْيَاء حَقِّه مُمْكِنٌ لأَنَّ العَيْبَ إِذَا كَانَ مِمَّا يُعَايَنُ وَيُشَاهَدُ أَمْكَنَ إِثْبَاتُهُ بِالتَّعَرُّف عَنْ آثَارِه، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ بِالآثَارِ أَمْكَنَ التَّعَرُّفُ عَنْهُ بِالرُّجُوعِ إِلى الأَطِبَّاءِ وَالقَوَابِل، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَإِذَا أَقَامَ الْمُشْتَرِي البَيِّنَةَ حَلفَ البَائِعُ عَلى البَتَات بِاَللهِ لقَدْ بَاعَهُ وَسَلمَهُ إِليْه وَمَا أَبَقَ عِنْدَهُ قَطُّ، كَذَا ذُكِرَ فِي الْمَبْسُوط.

وَقِيل الْمُرَادُ بِالكِتَابِ هَاهُنَا الجَامِعُ الصَّغِيرُ، وَإِنْ شَاءَ حَلفَهُ بِاَللهِ مَا لهُ حَقُّ الرَّدِّ

عَلَيْك مِنْ الوَجْه الذي يُدَّعَى أَوْ بِاَللهِ مَا أَبَقَ عِنْدَك قَطُّ، وَلا يَحْلفُ بِاَللهِ لقَدْ بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ لأَنَّ هَذَا العَيْبَ قَدْ يَكُونُ بَعْدَ البَيْعِ قَبْل التَّسْليمِ وَهُوَ مُوجِبٌ للرَّدِّ، وَفِي ذَلكَ غَفْلَةٌ عَنْ هَذَا المَعْنَى، وَبِه يَتضَرَّرُ المُشْتَرِي، وَكَذَلكَ لا يَحْلفُ بِاَللهِ لقَدْ بَاعَهُ وَسَلمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ لأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ جَمِيعًا، وَلجَوَازِ أَنْ يَحْدُثَ العَيْبُ بَعْدَ البَيْعِ قَبْل التَّسْليمِ وَيَكُونُ غَرَضُ البَائِعِ عَدَمَ وُجُود العَيْبِ فِي الحَاليْنِ جَمِيعًا، فَفِي وُجُوده فِي أَحَدهمَا يَكُونُ بَارًّا لأَنَّ الكُل يَنْتَفِي بِانْتفَاء جُزْئِه وَبِه يَتضَرَّرُ المُشْتَرِي. وَإِنَّمَا قَال يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ جَمِيعًا إشَارَةً إلى أَنَّ تَأْوِيل البَائِعِ ذَلكَ فِي يَمِينه ليْسَ بِصَحِيحٍ، وَلكِنَّهُ يُتَوَهَّمُ لذَلكَ بِمَا ذُكِرَ لأَنَّ شَمْسَ الأَئِمَّة ذَكَرَ هَذه العِبَارَةَ فِي التَّحْليفِ وَقَال: إلا أَنَّهُمْ قَالُوا: النَّظَرُ للمُشْتَرِي يَنْعَدمُ إذَا اسْتَحْلفَهُ بِهَذه الصِّفَة.

وَذَكَرَ الوَجْهَ المَذْكُورَ ثُمَّ قَال: وَالأَصَحُّ عِنْدي الأَوَّلُ لأَنَّ البَائِعَ يَنْفِي العَيْبَ عِنْدَ البَيْعِ وَالتَّسْليمِ فَلا يَكُونُ بَارًّا فِي يَمِينه إذَا لمْ يَكُنْ العَيْبُ مُنْتَفِيًا فِي الحَاليْنِ جَمِيعًا، وَعَلى هَذَا فَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول فِي عِبَارَة المُصَنِّف تَسَامُحٌ لأَنَّهُ قَال (أَمَّا لا يُحَلفُهُ بِاَللهِ لقَدْ بَاعَهُ وَسَلمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ) وَعَللهُ (بِأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ فَيَتَأَوَّلُهُ) وَقَالُوا: إنَّمَا قَال يُوهِمُ لأَنَّ ذَلكَ التَّأْوِيل ليْسَ بِصَحِيحٍ فَإِذَا لمْ يَكُنْ التَّأْوِيلُ صَحِيحًا كَانَ التَّحْليفُ بِهِ جَائِزًا. وَهُوَ يُنَاقِضُ قَوْلهُ لا يُحَلفُهُ إلا إذَا حُمِل النَّفْيُ عَلى الوَجْه الأَحْوَط فَيَسْتَقِيمُ.

فَإِنْ قِيل: الإِبَاقُ فِعْلُ الغَيْرِ وَالتَّحْليفُ عَلى فِعْل الغَيْرِ إنَّمَا يَكُونُ عَلى العلمِ دُونَ البَتَات. فَالجَوَابُ أَنَّ الاسْتِحْلافَ عَلى فِعْل نَفْسِهِ فِي المَعْنَى وَهُوَ تَسْليمُ المَعْقُود عَليْه سَليمًا كَمَا التَزَمَهُ.

وَقِيل التَّحْليفُ عَلى فِعْل الغَيْرِ إنَّمَا يَكُونُ عَلى العلمِ إذَا ادَّعَى الذي يَحْلفُ أَنَّهُ لا علمَ لهُ بِذَلكَ، أَمَّا إذَا ادَّعَى أَنَّ لِي علمًا بِذَلكَ فَيَحْلفُ عَلى البَتَات لادِّعَائه العلمَ بِذَلكَ، فَإِنْ لمْ يَجدْ المُشْتَرِي بَيِّنَةً عَلى قِيَامِ العَيْبِ عِنْدَهُ وَأَرَادَ تَحْليفَ البَائِعِ بِاَللهِ مَا يَعْلمُ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَ المُشْتَرِي هَل لهُ ذَلكَ أَوْ لا قِيل لهُ ذَلكَ عَلى قَوْلهمَا. وَاخْتَلفَ المَشَايِخُ عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي النَّوَادرِ ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ وَهُوَ مُخْتَارُ المُصَنِّف، وَقِيل لا خلافَ فِي هَذه المَسْأَلة (لهُمَا أَنَّ الدَّعْوَى مُعْتَبَرَةٌ لأَنَّهُ يَتَرَتَّبُ عَليْهَا البَيِّنَةُ) وَكُلُّ مَا يَتَرَتَّبُ عَليْهِ البَيِّنَةُ (يَتَرَتَّبُ) عَليْهِ (التَّحْليفُ) بِالاسْتِقْرَاءِ وَلأَبِي حَنِيفَةَ عَلى قَوْل مَنْ يَقُولُ

لا تَحْليفَ عَلى مَذْهَبِه أَنَّ الحَلفَ يَتَرَتَّبُ عَلى دَعْوَى صَحِيحَة، وَلا تَصِحُّ الدَّعْوَى إلا مِنْ خَصْمٍ، وَلا يَصِيرُ المُدَّعِي وَهُوَ المُشْتَرِي هَاهُنَا خَصْمًا إلا بَعْدَ قِيَامِ العَيْبِ بِالحُجَّة الشَّرْعِيَّةِ وَقَدْ عَجزَ عَنْهَا، وَلا نُسَلمُ أَنَّ كُل مَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْه البَيِّنَةُ يَتَرَتَّبُ عَلَيْه التَّحْليفُ؛ فَإِنَّ دَعْوَى الوَكَالة يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا البَيِّنَةُ دُونَ التَّحْليف، وَالبَيِّنَةُ لا تَسْتَلزِمُ الدَّعْوَى فَضْلا عَنْ صِحَّتِها بَل قَدْ تَقُومُ عَلى مَا لا دَعْوَى فِيه أَصْلا كَمَا فِي الحُدُود، بِخِلافِ التَّحْليف.

وَالفَرْقُ أَنَّ التَّحْليفَ شُرِعَ لقَطْعِ الخُصُومَة فَكَانَ مُقْتَضِيًا سَابِقَةَ الخَصْمِ وَأَنْ يَكُونَ المُشْتَرِي هُنَا خَصْمًا إلا بَعْدَ إِثْبَاتِ قِيَامِ العَيْبِ فِي يَده وَلَمْ يَثْبُتْ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا البَيِّنَةُ هَاهُنَا فَمَشْرُوعَةٌ لإِثْبَاتِ كَوْنِه خَصْمًا فَلا تَسْتَلزِمُ كَوْنَهُ خَصْمًا (وَإِذَا نَكَل عَنْ اليَمِينِ عِنْدَهُمَا يَحْلفُ ثَانِيًا للرَّدِّ) عَلى البَتَاتِ (عَلى الوَجْه الذي قَدَّمْنَاهُ) عَلى مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ ﷺ: إِذَا كَانَت الدَّعوَى فِي إِبَاقِ الكَبِيرِ يَحلفُ مَا أَبَقَ مُنذُ بَلغَ مَبلغَ الرِّجَال؛ لأَنَّ الإِبَاقَ فِي الصِّغَرِ لا يُوجِبُ رَدَّهُ بَعدَ البُلُوغِ.

الشرح:

قَال المُصَنِّفُ (إِذَا **كَانَتْ الدَّعْوَى فِي إِبَاقِ الكَبِيرِ** يَحْلفُ مَا أَبَقَ مُنْذُ بَلغَ مَبْلغَ الرِّجَال لأَنَّ الإِبَاقَ فِي الصِّغَرِ لا يُوجبُ رَدَّهُ بَعْدَ البُلُوغِ) لمَا تَقَدَّمَ، فَلوْ حَلفَ مُطْلقًا كَانَ تَرْكُ النَّظَرِ فِي حَقِّ البَائِع، لأَنَّهُ إِذَا أَبَقَ فِي يَد المُشْتَرِي بَعْدَ البُلُوغِ وَقَدْ كَانَ أَبَقَ عِنْدَ البَائِعِ فِي حَالة الصِّغَرِ وَمِثْلُ هَذَا الإِبَاق غَيْرُ مُوجبٍ للرَّدِّ امْتَنَعَ البَائِعُ عَنْ اليَمِينِ حَذَرًا عَنْ اليَمِينِ الكَاذِبَة فَيُقْضَى عَلَيْه بالرَّدِّ لنُكُوله وَيَتَضَرَّرُ به.

(قَال: وَمَن اشتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَا فَوَجَدَ بِهَا عَيبًا فَقَال البَائِعُ: بِعتُك هَذِهِ وَأُخرَى مَعَهَا وَقَال المُشتَرِي: بِعتَنِيهَا وَحدَهَا فَالقَولُ قَولُ المُشتَرِي)؛ لأَنَّ الاختِلافَ فِي مِقدَارِ المَقبُوضِ فَيَكُونُ القَولُ للقَابِضِ كَمَا فِي الغَصبِ (وَكَذَا إِذَا اتَّفَقَا عَلى مِقدَارِ المَبِيعِ وَاختَلفَا فِي المَقبُوضِ) لمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَا) وَمَنْ **اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَ** المُتَبَايِعَان الثَّمَنَ وَالمَبِيعَ (**فَوَجَدَ**) المُشْتَرِي (**بِهَا عَيْبًا**) فَأَرَادَ البَائِعُ تَخْصِيصَ الثَّمَنِ عَلى تَقْدِيرِ الرَّدِّ (فَقَال

البَائِعُ بِعْتُك هَذِهِ وَأُخْرَى مَعَهَا وَقَالَ المُشْتَرِي بِعْتَنِيهَا وَحْدَهَا فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي، لأَنَّ الاخْتِلافَ فِي مِقْدَارِ المَقْبُوضِ وَالقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ القَابِضِ) لأَنَّهُ أَعْرَفُ بِمَا قَبَضَ كَمَا فِي الغَصْبِ) فَإِنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ **الغَاصِبُ وَالمَغْصُوبُ مِنْهُ فَقَالَ المَغْصُوبُ مِنْهُ غَصَبْت مِنِّي غُلامَيْنِ وَقَالَ الغَاصِبُ غُلامًا وَاحِدًا** فَالقَوْلُ قَوْلُ الغَاصِبِ لأَنَّهُ القَابِضُ (وَكَذَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارِ المَبِيعِ وَاخْتَلَفَا فِي المَقْبُوضِ) فِي مِقْدَارِهِ بِأَنْ كَانَ المَبِيعُ جَارِيَتَيْنِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فَقَالَ البَائِعُ قَبَضْتهمَا وَقَالَ المُشْتَرِي مَا قَبَضْت إلا إِحْدَاهُمَا فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي (لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّ فِي الاخْتِلافِ فِي مِقْدَارِ المَقْبُوضِ القَوْل قَوْلُ القَابِضِ، بَل هَاهُنَا أَوْلى لأَنَّ كَوْنَ المَبِيعِ شَيْئَيْنِ أَمَارَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلى أَنَّ المَقْبُوضَ كَذَلِكَ لأَنَّ العَقْدَ عَلَيْهِمَا سَبَبٌ مُطْلَقًا لِقَبْضِهِمَا، وَمَعَ ذَلِكَ كَانَ القَوْلُ قَوْل القَابِضِ فَهَاهُنَا أَوْلى.

قال (وَمَن اشتَرَى عَبدَينِ صَفقَةً وَاحِدَةً فَقَبَضَ أَحَدَهُمَا وَوَجَدَ بِالآخَرِ عَيبًا فَإِنَّهُ يَأخُذُهُمَا أَو يَدعُهُمَا)؛ لأَنَّ الصَّفقَةَ تَتِمُّ بِقَبضِهِمَا فَيَكُونُ تَفرِيقُهَا قَبلَ التَّمَامِ وَقَد ذَكَرنَاهُ، وَهَذَا؛ لأَنَّ القَبضَ لَهُ شَبَهٌ بِالعَقدِ فَالتَّفرِيقُ فِيهِ كَالتَّفرِيقِ فِي العَقدِ. وَلَو وَجَدَ بِالمَقبُوضِ عَيبًا اختَلَفُوا فِيهِ. وَيُروَى عَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَرُدُّهُ خَاصَّةً، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَأخُذُهُمَا أَو يَرُدُّهُمَا؛ لأَنَّ تَمَامَ الصَّفقَةِ تَعَلَّقَ بِقَبضِ المَبِيعِ وَهُوَ اسمٌ لِلكُلِّ فَصَارَ كَحَبسِ المَبِيعِ لَمَّا تَعَلَّقَ زَوَالُهُ بِاستِيفَاءِ الثَّمَنِ لا يَزُولُ دُونَ قَبضِ جَمِيعِهِ (وَلَو قَبَضَهُمَا ثُمَّ وَجَدَ) بِأَحَدِهِمَا عَيبًا يَرُدُّهُ خَاصَّةً خِلافًا لِزُفَرَ. هُوَ يَقُولُ: فِيهِ تَفرِيقُ الصَّفقَةِ وَلا يَعرَى عَن ضَرَرٍ؛ لأَنَّ العَادَةَ جَرَت بِضَمِّ الجَيِّدِ إِلى الرَّدِيءِ فَأَشبَهَ مَا قَبلَ القَبضِ وَخِيَارَ الرُّؤيَةِ وَالشَّرطِ. وَلَنَا أَنَّهُ تَفرِيقُ الصَّفقَةِ بَعدَ التَّمَامِ؛ لأَنَّ بِالقَبضِ تَتِمُّ الصَّفقَةُ فِي خِيَارِ العَيبِ وَفِي خِيَارِ الرُّؤيَةِ وَالشَّرطِ لا تَتِمُّ بِهِ عَلَى مَا مَرَّ، وَلِهَذَا لَو استُحِقَّ أَحَدُهُمَا لَيسَ لَهُ أَن يَرُدَّ الآخَرَ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً) **رَجُلٌ قَال لآخَرَ بِعْتُك هَذَيْنِ العَبْدَيْنِ بِأَلفِ دِرْهَمٍ فَقَبِل** (وَقَبَضَ أَحَدَهُمَا) وَهُوَ سَلِيمٌ (فَوَجَدَ بِالآخَرِ عَيْبًا) لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ المَعِيبَ خَاصَّةً (بَل يَأْخُذُهُمَا أَوْ يَدَعُهُمَا) جَمِيعًا (لأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ بِقَبْضِهِمَا) لِمَا أَنَّ تَصَرُّفَ المُشْتَرِي فِي المَبِيعِ قَبْل القَبْضِ لا يَصِحُّ لِعَدَمِ تَمَامِ الصَّفْقَةِ حِينَئِذٍ، وَمَا تَتِمُّ بِقَبْضِهِ

الصَّفْقَةُ لا تَتِمُّ بِقَبْضِ بَعْضِهِ لِتَوَقُّفِهِ عَلَى قَبْضِ الكُلِ إِذْ ذَاكَ، فَالتَّفْرِيقُ قَبْلَ قَبْضِهِمَا تَفْرِيقٌ (قَبْلَ التَّمَامِ) وَهُوَ لا يَجُوزُ (لِمَا ذَكَرْنَا) يَعْنِي قُبَيْلَ بَابِ خِيَارِ العَيْبِ بِقَوْلِهِ لأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ العَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ وَإِنْ كَانَتْ لا تَتِمُّ قَبْلَهُ (وَهَذَا) أَيْ التَّفْرِيقُ فِي القَبْضِ لا يَجُوزُ (لأَنَّ لِلقَبْضِ شَبَهًا بِالعَقْدِ) مِنْ حَيْثُ إِنَّ القَبْضَ يُثْبِتُ مِلْكَ التَّصَرُّفِ وَمِلْكَ اليَدِ، كَمَا أَنَّ العَقْدَ يُثْبِتُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ، وَالغَرَضُ مِنْ مِلْكِ الرَّقَبَةِ مِلْكُ التَّصَرُّفِ وَمِلْكُ اليَدِ (فَالتَّفْرِيقُ فِي القَبْضِ كَالتَّفْرِيقِ فِي العَقْدِ) وَلَوْ قَالَ بِعْت مِنْك هَذَيْنِ العَبْدَيْنِ فَقَالَ قَبلت أَحَدَهُمَا لَمْ يَصِحَّ فَكَذَا هَذَا.

قَالَ (وَلَوْ وَجَدَ بِالمَقْبُوضِ عَيْبًا اخْتَلَفُوا فِيهِ) إِذَا **وَجَدَ المُشْتَرِي بِالمَقْبُوضِ عَيْبًا،** قَالُوا فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ، وَكَلامُ المُصَنِّفِ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الاخْتِلافَ بَيْنَ العُلَمَاءِ، فَإِنَّهُ قَالَ (وَيُرْوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرُدُّهُ خَاصَّةً). وَوَجْهُهُ أَنَّ الصَّفْقَةَ تَامَّةٌ فِي حَقِّ المَقْبُوضِ فَبِالنَّظَرِ إِلَيْهِ لا يَلزَمُ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ (وَالأَصَحُّ أَنَّهُ) لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ (لأَنَّ تَمَامَ الصَّفْقَةِ بِقَبْضِ المَبِيعِ وَهُوَ اسْمٌ لِلكُلِ فَهُوَ كَحَبْسِ المَبِيعِ) لأَجْلِ الثَّمَنِ فَإِنَّهُ لا يَزُولُ بِقَبْضِ بَعْضِ الثَّمَنِ لِتَعَلُّقِهِ بِالكُلِ اعْتِبَارًا لأَحَدِ البَدَلَيْنِ بِالآخَرِ (وَلَوْ قَبَضَهُمَا ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ خَاصَّةً) وَقَالَ زُفَرُ: لا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ لأَنَّ فِيهِ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ (وَلا يَعْرَى عَنْ ضَرَرٍ إِذْ العَادَةُ جَرَتْ بِضَمِّ الجَيِّدِ إِلَى الرَّدِيءِ فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ القَبْضِ) بِجَامِعِ دَفْعِ الضَّرَرِ (وَأَشْبَهَ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ) وَلَنَا أَنَّهُ إِذَا قَبَضَهُمَا جَمِيعًا فَقَدْ تَمَّتْ الصَّفْقَةُ وَالتَّفْرِيقُ بَعْدَهُ غَيْرُ ضَائِرٍ، بِخِلافِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ فَإِنَّ الصَّفْقَةَ لا تَتِمُّ بِالقَبْضِ فِيهِمَا عَلَى مَا مَرَّ فِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ أَنَّ الصَّفْقَةَ لا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ القَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَخِيَارُ العَيْبِ لا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ لِوُجُودِ تَمَامِ الرِّضَا مِنْ المُشْتَرِي عِنْدَ القَبْضِ عَلَى صِفَةِ السَّلامَةِ كَمَا أَوْجَبَهُ العَقْدُ.

وَالأَصْلُ صِفَةُ السَّلامَةِ فَكَانَتْ الصَّفْقَةُ تَامَّةً بِظَاهِرِ العَقْدِ، وَتَضَرُّرُ البَائِعِ إِنَّمَا لَزِمَ مِنْ تَدْلِيسِهِ فَلا يَلزَمُ المُشْتَرِيَ. لا يُقَالُ: لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَزِمَ التَّمَكُّنُ مِنْ رَدِّ المَعِيبِ قَبْلَ قَبْضِهِمَا أَيْضًا لِوُجُودِ التَّدْلِيسِ مِنْهُ، لأَنَّهُ يَسْتَلزِمُ التَّفْرِيقَ قَبْلَ التَّمَامِ وَأَنَّهُ لا يَجُوزُ. قِيلَ هَذَا الاخْتِلافُ فِي شَيْئَيْنِ يُمْكِنُ إِفْرَادُ أَحَدِهِمَا بِالانْتِفَاعِ كَالعَبْدَيْنِ. وَأَمَّا إِذَا لا يُمْكِنُ كَزَوْجَيْ الخُفِّ وَمِصْرَاعَيْ البَابِ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُمَا أَوْ يُمْسِكُهُمَا، حَتَّى لَوْ كَانَ المَبِيعُ ثَوْرَيْنِ

قَدْ أَلفَ أَحَدُهُمَا بِالآخَرِ بِحَيْثُ لا يَعْمَلُ بِدُونِه لا يُمْكِنُ رَدُّ المَعِيبِ خَاصَّةً (قَوْلُهُ وَلِهَذَا) أَيْ وَلأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ بَعْدَ القَبْضِ وَلا تَتِمُّ قَبْلَهُ (لَوْ اُسْتُحِقَّ أَحَدُ العَبْدَيْنِ) بَعْدَ قَبْضِهِمَا (لَيْسَ لِلمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ الآخَرَ) بَل العَقْدُ قَدْ لزِمَ فِيهِ لأَنَّهُ تَفْرِيقٌ بَعْدَ التَّمَامِ.

(قَالَ: وَمَن اشتَرَى شَيئًا مِمَّا يُكَالُ أَو يُوزَنُ فَوَجَدَ بِبَعضِهِ عَيبًا رَدَّهُ كُلَّهُ أَو أَخَذَهُ كُلَّهُ) وَمُرَادُهُ بَعدَ القَبضِ؛ لأَنَّ المَكِيل إِذَا كَانَ مِن جِنسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ كَشَيءٍ وَاحِدٍ؛ أَلا يُرَى أَنَّهُ يُسَمَّى بِاسمٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الكُرُّ وَنَحوُهُ. وَقِيل هَذَا إِذَا كَانَ فِي وِعَاءٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا كَانَ فِي وِعَاءَينِ فَهُوَ بِمَنزِلَةِ عَبدَينِ حَتَّى يَرُدَّ الوِعَاءَ الذِي وَجَدَ فِيهِ العَيبَ دُونَ الآخَرِ. (وَلَو اُستُحِقَّ بَعضُهُ فَلا خِيَارَ لهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ)؛ لأَنَّهُ لا يَضُرُّهُ التَّبعِيضُ، وَالاستِحقَاقُ لا يَمنَعُ تَمَامَ الصَّفقَةِ؛ لأَنَّ تَمَامَهَا بِرِضَا العَاقِدِ لا بِرِضَا المَالِكِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ بَعدَ القَبضِ، أَمَّا لو كَانَ قَبل القَبضِ فَلهُ أَن يَرُدَّ مَا بَقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفقَةِ قَبل التَّمَامِ. قَال (وَإِن كَانَ ثَوبًا فَلهُ الخِيَارُ)؛ لأَنَّ التَّشقِيصَ فِيهِ عَيبٌ وَقَد كَانَ وَقتَ البَيعِ حَيثُ ظَهَرَ الاستِحقَاقُ، بِخِلافِ المَكِيل وَالمَوزُونِ.

الشرح:

(قَال: وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ) **تَفْرِيقُ الصَّفْقَة** لا يَجُوزُ إِذَا كَانَ قَبْل القَبْضِ فِي سَائِرِ الأَعْيَانِ، وَبَعْدَهُ يَجُوزُ فِي غَيْرِ المَكِيل وَالمَوْزُونِ، وَأَمَّا فِيهِمَا فَلا يَجُوزُ إِذَا كَانَ الجِنْسُ وَاحِدًا سَوَاءٌ كَانَ فِي وِعَاءٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي وِعَاءَيْنِ عَلى اخْتِيَارِ المَشَايِخِ. وَقِيل إِذَا كَانَ فِي وِعَاءَيْنِ فَهُوَ بِمَنْزِلةِ عَبْدَيْنِ يَجُوزُ رَدُّ المَعِيبِ خَاصَّةً لأَنَّهُ يَرُدُّهُ عَلى الوَجْهِ الذِي خَرَجَ مِنْ ضَمَانِ البَائِعِ. وَوَجْهُ الأَظْهَرِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ اسْمًا وَحُكْمًا.

أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّهُ يُسَمَّى بِاسْمٍ وَاحِدٍ كَكُرٍّ وَقَفِيزٍ وَنَحْوِهِمَا، وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ المَالِيَّةَ وَالتَّقَوُّمَ فِيهِمَا بِاعْتِبَارِ الاجْتِمَاعِ، لأَنَّ الحَبَّةَ بِانْفِرَادِهَا لَيْسَتْ لهَا صِفَةُ التَّقَوُّمِ وَلِهَذَا لا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَجَعْلُ رُؤْيَةِ بَعْضِهَا كَرُؤْيَةِ كُلِهَا كَالثَّوْبِ الوَاحِدِ، وَفِي الثَّوْبِ الوَاحِدِ إِذَا وَجَدَ بَعْضَهُ مَعِيبًا لَيْسَ لهُ إِلا رَدُّ الكُل أَوْ إِمْسَاكُهُ، لأَنَّ رَدَّ الجُزْءِ المَعِيبِ فِيهِ يَسْتَلزِمُ شَرِكَةَ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي وَهِيَ فِي الأَعْيَانِ المُجْتَمِعَة عَيْبٌ، فَرَدُّ المَعِيبِ خَاصَّةً رَدٌّ بِعَيْبٍ زَائِدٍ وَلَيْسَ لهُ ذَلكَ. فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ كَذَلكَ وَجَبَ أَنْ يَكُونَ لهُ رَدُّ البَاقِي إِذَا اُسْتُحِقَّ

البَعْضُ بَعْدَ القَبْضِ كَمَا فِي الثَّوْبِ الوَاحِدِ وَهُوَ بَاطِلٌ بِالإِجْمَاعِ. فَالجَوَابُ أَنَّهُ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ سَاقِطٌ، وَعَلَى الأُخْرَى إِنَّمَا لَزِمَ العَقْدُ فِي البَاقِي وَلَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ الرَّدِّ فِيهِ لأَنَّهُ لا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ، لأَنَّ اسْتِحْقَاقَ البَعْضِ لا يُوجِبُ عَيْبًا فِي المُسْتَحَقِّ وَغَيْرِهِ لأَنَّهُمَا فِي المَالِيَّةِ سَوَاءٌ، وَالانْتِفَاعُ بِالبَاقِي مُمْكِنٌ، وَمَا لا يُوجِبُ عَيْبًا فِي المَالِيَّةِ وَالانْتِفَاعِ لا يُوجِبُ ضَرَرًا بِخِلافِ مَا لَوْ وَجَدَ بِالبَعْضِ عَيْبًا وَمَيَّزَهُ لِيَرُدَّهُ لأَنَّ تَمْيِيزَ المَعِيبِ مِنْ غَيْرِ المَعِيبِ يُوجِبُ زِيَادَةَ عَيْبٍ، بِخِلافِ الثَّوْبِ الوَاحِدِ فَإِنَّ التَّبْعِيضَ يَضُرُّهُ وَالشَّرِكَةُ عَيْبٌ فِيهِ زَائِدٌ فَلَمْ يَبْقَ إِلا رَدُّ الكُلِّ أَوْ إِمْسَاكُهُ (قَوْلُهُ وَالاسْتِحْقَاقُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابَ سُؤَالٍ.

تَقْرِيرُهُ انْتِفَاءُ الخِيَارِ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ يَسْتَلْزِمُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ لأَنَّ تَمَامَهَا بِالرِّضَا وَالمُسْتَحِقُّ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا وَتَوْجِيهُهُ أَنَّ الاسْتِحْقَاقَ لا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ لأَنَّ تَمَامَهَا بِرِضَا العَاقِدِ لا بِرِضَا المَالِكِ، لأَنَّ العَقْدَ حَقُّ العَاقِدِ فَتَمَامُهُ يَسْتَدْعِي تَمَامَ رِضَاهُ وَبِالاسْتِحْقَاقِ لا يَنْعَدِمُ ذَلِكَ، وَلِهَذَا قُلْنَا فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ إِذَا أَجَازَ المُسْتَحِقُّ بَعْدَمَا افْتَرَقَ بَقِيَ العَقْدُ صَحِيحًا، فَعُلِمَ أَنَّ تَمَامَ العَقْدِ يَسْتَدْعِي تَمَامَ رِضَا العَاقِدِ لا المَالِكِ (وَهَذَا) أَيْ كَوْنُ الاسْتِحْقَاقِ لا يُوجِبُ خِيَارَ الرَّدِّ إِذَا كَانَ بَعْدَ القَبْضِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَهُ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ البَاقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَهَذَا يُرْشِدُكَ إِلَى أَنَّ تَمَامَ الصَّفْقَةِ يَحْتَاجُ إِلَى رِضَا العَاقِدِ وَقَبْضِ المَبِيعِ، وَانْتِفَاءُ أَحَدِهِمَا يُوجِبُ عَدَمَ تَمَامِهَا، **وَإِنْ كَانَ المَبِيعُ ثَوْبًا وَاحِدًا وَقَدْ قَبَضَهُ المُشْتَرِي ثُمَّ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الثَّوْبِ** فَلِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ، لأَنَّ التَّشْقِيصَ فِي الثَّوْبِ عَيْبٌ لأَنَّهُ يَضُرُّ فِي مَالِيَّتِهِ وَالانْتِفَاعِ بِهِ. فَإِنْ قِيلَ: حَدَثَ بِالاسْتِحْقَاقِ عَيْبٌ جَدِيدٌ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَمِثْلُهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالعَيْبِ.

أَجَابَ المُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ (وَقَدْ كَانَ وَقْتَ البَيْعِ) يَعْنِي أَنَّهُ لَيْسَ بِحَادِثٍ فِي يَدِهِ بَلْ كَانَ فِي يَدِ البَائِعِ حَيْثُ ظَهَرَ الاسْتِحْقَاقُ فَلا يَكُونُ مَانِعًا، بِخِلافِ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ فَإِنَّ التَّشْقِيصَ لَيْسَ بِعَيْبٍ فِيهِمَا حَيْثُ لا يَضُرُّ، وَتَنَبَّهْ لِكَلامِ المُصَنِّفِ تَجِدْ حُكْمَ العَيْبِ وَالاسْتِحْقَاقِ سِيَّيْنِ قَبْلَ القَبْضِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ: أَعْنِي فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ أَوْ غَيْرِهِمَا. أَمَّا العَيْبُ فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا الاسْتِحْقَاقُ فَلِقَوْلِهِ أَمَّا إِذَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ القَبْضِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ البَاقِيَ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ، وَتَجِدُ حُكْمَهُمَا بَعْدَ القَبْضِ كَذَلِكَ إِلا فِي المَكِيلِ

وَالمَوْزُونِ لأَنَّهُ ذُكِرَ فِي العَبْدَيْنِ وَلِهَذَا لوْ اُسْتُحِقَّ أَحَدُهُمَا لِيْسَ لهُ أَنْ يَرُدَّ الآخَرَ، وَقَال فِي المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ رَدُّهُ كُلهُ أَوْ أَخذَهُ، وَمُرَادُهُ بَعْدَ القَبْضِ. ثُمَّ قَال: وَلوْ اُسْتُحِقَّ البَعْضُ لا خِيَارَ لهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ.

(قَال: وَمَن اشتَرَى جَارِيَةً فَوَجَدَ بِهَا قُرحًا فَدَاوَاهُ أَو كَانَت دَابَّةً فَرَكِبَهَا فِي حَاجَتِهِ فَهُوَ رِضًا)؛ لأَنَّ ذَلكَ دَلِيلُ قَصدِهِ الاستِبقَاءَ بِخِلافِ خِيَارِ الشَّرطِ؛ لأَنَّ الخِيَارَ هُنَاكَ للاختِبَارِ وَأَنَّهُ بِالاستِعمَالِ فَلا يَكُونُ الرُّكُوبُ مُسقِطًا (وَإِن رَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا أَو لِيَسقِيَهَا أَو لِيَشتَرِيَ لهَا عَلفًا فَليسَ بِرِضًا) أَمَّا الرُّكُوبُ للرَّدِّ؛ فَلأَنَّهُ سَبَبُ الرَّدِّ وَالجَوَابُ فِي السَّقيِ وَاشتِرَاءِ العَلَفِ مَحمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ لا يَجِدُ بُدًّا مِنهُ، إِمَّا لِصُعُوبَتِهَا أَو لِعَجزِهِ أَو لِكَونِ العَلَفِ فِي عِدلٍ وَاحِدٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ يَجِدُ بُدًّا مِنهُ لانعِدَامِ مَا ذَكَرنَاهُ يَكُونُ رِضًا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَجَدَ بِهَا قُرْحًا فَدَاوَاهُ المُشْتَرِي) جُرْحُ الجَارِيَةِ المُشْتَرَاةِ وَرُكُوبُ الدَّابَّةِ فِي حَاجَتِهِ عُدَّ رِضًا بِالعَيْبِ لأَنَّ ذَلكَ دَلِيلُ قَصْدِ الاسْتِبْقَاءِ لأَنَّ المُدَاوَاةَ إِزَالةُ العَيْبِ وَهِيَ تَمْنَعُ الرَّدَّ. لأَنَّ نَقِيضَهُ وَهُوَ قِيَامُ العَيْبِ شَرْطُ التَّمَكُّنِ مِنْ الرَّدِّ فَكَانَتْ دَلِيل قَصْدِ الإِمْسَاكِ، وَدَلِيلُ الشَّيْءِ فِي الأُمُورِ البَاطِنَةِ يَقُومُ مَقَامَهُ فَلا يَتَمَكَّنُ مِنْ الرَّدِّ بِذَلكَ العَيْبِ، وَلهُ ذَلكَ بِعَيْبٍ آخَرَ لأَنَّ الرِّضَا بِعَيْبٍ لا يَسْتَلزِمُ رِضَاهُ بِغَيْرِهِ.

وَكَذَلكَ الرُّكُوبُ لِحَاجَتِهِ، بِخِلافِ خِيَارِ الشَّرْطِ لأَنَّهُ للاخْتِبَارِ، وَالاخْتِبَارُ بِالرُّكُوبِ فَلا يَكُونُ مُسْقِطًا (وَإِنْ رَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا عَلى بَائِعِهَا أَوْ لِيَسْقِيَهَا أَوْ لِيَشْتَرِيَ لهَا عَلفًا فَليْسَ ذَلكَ بِرِضًا، أَمَّا الرُّكُوبُ للرَّدِّ فَلا فَرْقَ) فِيهِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لهُ مِنْهُ بُدٌّ أَوْ لا، لأَنَّ فِي الرُّكُوبِ ضَبْطَ الدَّابَّةِ وَهُوَ أَحْفَظُ لهَا مِنْ حُدُوثِ عَيْبٍ آخَرَ، وَأَمَّا للسَّقْيِ وَالعَلفِ فَمَحْمُولٌ عَلى مَا إِذَا لمْ يَجِدْ مِنْهُ بُدًّا لِصُعُوبَةِ الدَّابَّةِ لِكَوْنِهَا شَمُوسًا، أَوْ لِعَجْزِهِ عَنْ المَشْيِ لِضَعْفٍ أَوْ كِبَرٍ، أَوْ لِكَوْنِ العَلفِ فِي عِدْلٍ وَاحِدٍ، أَمَّا إِذَا وُجِدَ مِنْهُ بُدٌّ لانْعِدَامِ الأَوَّليْنِ أَوْ لِكَوْنِ العَلفِ فِي عِدْليْنِ وَرَكِبَ كَانَ الرُّكُوبُ رِضًا، لأَنَّ حَمْلهُ حِينَئِذٍ مُمْكِنٌ بِدُونِ الرُّكُوبِ.

قَال (وَمَن اشتَرَى عَبدًا قَد سَرَقَ وَلم يَعلم بِهِ فَقُطِعَ عِندَ المُشتَرِي لهُ أَن يَرُدَّهُ

وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ. وَقَالا: يَرجِعُ بِمَا بَينَ قِيمَتِهِ سَارِقًا إِلَى غَيرِ سَارِقٍ) وَعَلَى هَذَا الخِلافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ وُجِدَ فِي يَدِ البَائِعِ. وَالحَاصِلُ أَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الاستِحقَاقِ عِندَهُ وَبِمَنزِلَةِ العَيبِ عِندَهُمَا. لَهُمَا أَنَّ المَوجُودَ فِي يَدِ البَائِعِ سَبَبُ القَطعِ وَالقَتلِ وَأَنَّهُ لا يُنَافِي المَالِيَّةَ فَنَفَذَ العَقدُ فِيهِ لَكِنَّهُ مُتَعَيِّبٌ فَيَرجِعُ بِنُقصَانِهِ عِندَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا اشتَرَى جَارِيَةً حَامِلا فَمَاتَت فِي يَدِهِ بِالوِلادَةِ فَإِنَّهُ يَرجِعُ بِفَضلِ مَا بَينَ قِيمَتِهَا حَامِلا إِلَى غَيرِ حَامِلٍ. وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الوُجُوبِ فِي يَدِ البَائِعِ وَالوُجُوبُ يُفضِي إِلَى الوُجُودِ فَيَكُونُ الوُجُودُ مُضَافًا إِلَى السَّبَبِ السَّابِقِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قُتِلَ المَغصُوبُ أَو قُطِعَ بَعدَ الرَّدِّ بِجِنَايَةٍ وُجِدَت فِي يَدِ الغَاصِبِ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ المَسأَلَةِ مَمنُوعٌ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ به إلخ) **رَجُلٌ اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ به المُشْتَري لا وَقْتَ العَقْد وَلا وَقْتَ القَبْض فَقُطِعَ عِنْدَهُ** فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ كُلَّهُ، وَلَهُ أَنْ يُمْسكَهُ وَيَرْجعَ بنصْف الثَّمَن عنْدَ أَبي حَنيفَةَ، وَقَالا: إنَّهُ يُقَوَّمُ سَارِقًا وَغَيْرَ سَارِق فَيَرْجعُ بفَضْل مَا بَيْنَهُمَا منْ الثَّمَن، وَعَلَى هَذَا الخلاف إذَا قُتلَ بسَبَب كَانَ في يَد البَائع منْ القَتْل العَمْد أَوْ الرِّدَّة: لَهُمَا أَنَّ المَوْجُودَ في يَد البَائع سَبَبُ القَطْع أَوْ القَتْل وَهُوَ لا يُنَافي المَاليَّةَ، أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ مَاتَ تَقَرَّرَ الثَّمَنُ عَلَى المُشْتَري وَتَصَرُّفُهُ فيه نَافذٌ فَتَكُونُ المَاليَّةُ بَاقيَةً فَيَنْفُذُ العَقْدُ فيه لأَنَّهُ يَعْتَمدُهَا لكنَّهُ مُتَعَيِّبٌ لأَنَّ مُبَاحَ اليَد أَوْ الدَّم لا يُشْتَرَى كَالسَّالم لأَنَّهُ أَشَدُّ منْ المَرَض الذي هُوَ عَيْبٌ بالإجْمَاع، وَالمَبيعُ المُتَعَيَّبُ عنْدَ تَعَذُّر الرَّدِّ يَرْجعُ فيه بنُقْصَانه، وَهَاهُنَا قَدْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ. أَمَّا في صُورَة القَتْل فَظَاهرٌ، وَأَمَّا في صُورَة القَطْع فَلأَنَّ الاسْتيفَاءَ وَقَعَ في يَد المُشْتَري وَهُوَ غَيْرُ الوُجُوب فَكَانَ كَعَيْب حَدَثَ في يَده، وَمثْلُهُ مَانعٌ منْ الرَّدِّ بعَيْب سَابق كَمَا تَقَدَّمَ فَيَرْجعُ بالنُّقْصَان، كَمَا إذَا اشْتَرَى جَاريَةً حَاملا وَلَمْ يَعْلَمْ بالحَمْل وَقْتَ الشِّرَاء وَالقَبْض فَمَاتَتْ في يَد المُشْتَري بالولادَة فَإنَّهُ يَرْجعُ بفَضْل مَا بَيْنَ قيمَتهَا حَاملا وَمَا بَيْنَ قيمَتهَا غَيْرَ حَاملٍ. وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ الوُجُوب في يَد البَائع وَسَبَبُ الوُجُوب يُفْضي إلى الوُجُوب وَالوُجُوبُ يُفْضي إلى الوُجُود فَيَكُونُ الوُجُودُ مُضَافًا إلى السَّبَب السَّابق فَصَارَ كَالمُسْتَحَقِّ، وَالمُسْتَحَقُّ لا يَتَنَاوَلُهُ العَقْدُ فَيَنْتَقضُ القَبْضُ منْ الأَصْل لعَدَم مُصَادَفَة العَقْد مَحَلَّهُ، أَوْ لأَنَّهُ بَاعَ مَقْطُوعَ اليَد

فَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ إِنْ رَدَّهُ، كَمَا لَوْ اُسْتُحِقَّ بَعْضُ العَبْدِ فَرَدَّهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا **غَصَبَ عَبْدًا فَقَتَلَ العَبْدُ عِنْدَ الغَاصِبِ رَجُلا عَمْدًا فَرَدَّهُ عَلَى المَوْلَى فَاقْتُصَّ مِنْهُ فِي يَدِهِ**، فَإِنَّ الغَاصِبَ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ كَمَا لَوْ قَتَلَ فِي يَدِ الغَاصِبِ. وَالجَوَابُ عَنْ مَسْأَلَةِ الحَمْلِ أَنَّهَا مَمْنُوعَةٌ فَإِنَّ ذَلِكَ قَوْلُهَا.

وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَالْمُشْتَرِي يَرْجِعُ عَلَى البَائِعِ بِكُلِ الثَّمَنِ إِذَا مَاتَتْ مِنْ الوِلادَةِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ فِيمَا إِذَا اُقْتُصَّ مِنْ العَبْدِ الْمُشْتَرَى، وَلَئِنْ سَلِمْنَا فَنَقُولُ: ثُمَّ سَبَبُ المَوْتِ هُوَ المَرَضُ الْمُتْلِفُ وَهُوَ حَصَلَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي، وَعَنْ قَوْلِهِمَا سَبَبُ القَتْلِ لا يُنَافِي المَالِيَّةَ بِأَنَّهُ كَذَلِكَ لَكِنَّ اسْتِحْقَاقَ النَّفْسِ بِسَبَبِ القَتْلِ وَالقَتْلُ مُتْلِفٌ لِلمَالِيَّةِ فِي هَذَا المَحَلِ لأَنَّهُ يَسْتَلْزِمُهُ فَكَانَ بِمَعْنَى عِلَةِ العِلَةِ وَهِيَ تُقَامُ مَقَامَ العِلَةِ فِي الحُكْمِ، فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ سَارَتْ المَالِيَّةُ كَأَنَّهَا هِيَ الْمُسْتَحَقَّةُ، وَأَمَّا إِذَا مَاتَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَتَقَرَّرَ الثَّمَنُ عَلَيْهِ لأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ الاسْتِحْقَاقُ فِي حُكْمِ الاسْتِيفَاءِ فَلِهَذَا هَلَكَ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي، وَإِذَا قُتِلَ فَقَدْ تَمَّ الاسْتِحْقَاقُ، وَلا يَبْعُدُ أَنْ يَظْهَرَ الاسْتِحْقَاقُ فِي حُكْمِ الاسْتِيفَاءِ دُونَ غَيْرِهِ كَمِلكِ مَنْ لَهُ القِصَاصُ فِي نَفْسِ مَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ لا يَظْهَرُ إلا فِي حُكْمِ الاسْتِيفَاءِ، حَتَّى لَوْ قُتِلَ مَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ خَطَأً كَانَتْ الدِّيَةُ لِوَرَثَتِهِ دُونَ مَنْ لَهُ القِصَاصُ.

وَلو سَرَقَ فِي يَدِ البَائِعِ ثُمَّ فِي يَدِ الْمُشتَرِي فَقُطِعَ بِهِمَا عِندَهُمَا يَرجِعُ بِالنُّقصَانِ كَمَا ذَكَرنَا. وَعِندَهُ لا يَرُدُّهُ بِدُونِ رِضَا البَائِعِ لِلعَيبِ الحَادِثِ وَيَرجِعُ بِرُبعِ الثَّمَنِ، وَإِن قَبِلَهُ البَائِعُ فَبِثَلاثَةِ الأَربَاعِ؛ لأَنَّ اليَدَ مِن الآدَمِيِّ نِصفُهُ وَقَد تَلِفَت بِالجِنَايَتَينِ وَفِي إِحدَاهُمَا رُجُوعٌ فَيَتَنَصَّفُ؛ وَلو تَدَاوَلَتهُ الأَيدِي ثُمَّ قُطِعَ فِي يَدِ الأَخِيرِ رَجَعَ البَاعَةُ بَعضُهُم عَلَى بَعضٍ عِندَهُ كَمَا فِي الاستِحقَاقِ، وَعِندَهُمَا يَرجِعُ الأَخِيرُ عَلَى بَائِعِهِ وَلا يَرجِعُ بَائِعُهُ عَلَى بَائِعِهِ؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ العَيبِ. وَقَولُهُ (فِي الكِتَابِ وَلَم يَعلَم الْمُشتَرِي) يُفِيدُ عَلَى مَذهَبِهِمَا؛ لأَنَّ العِلمَ بِالعَيبِ رِضًا بِهِ، وَلا يُفِيدُ عَلَى قَولِهِ فِي الصَّحِيحِ؛ لأَنَّ العِلمَ بِالاستِحقَاقِ لا يَمنَعُ الرُّجُوعَ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ سَرَقَ فِي يَدِ البَائِعِ ثُمَّ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي إلخ) إِذَا **كَانَ العَبْدُ المَبِيعُ سَرَقَ فِي يَدِ البَائِعِ ثُمَّ سَرَقَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَقُطِعَ بِهِمَا عِنْدَهُمَا** يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ كَمَا

ذَكَرْنَاهُ آنفًا. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لا يَرُدُّهُ إلا بِرِضَا البَائِعِ بِالعَيْبِ الحَادِثِ وَهُوَ القَطْعُ بِالسَّرِقَةِ الحَادِثَةِ عِنْدَهُ؛ ثُمَّ الأَمْرُ لا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَقْبَلَهُ البَائِعُ كَذَلِكَ وَأَنْ لا يَقْبَل، فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ يَرْجِعُ المُشْتَرِي عَلى البَائِعِ بِرُبْعِ الثَّمَنِ لأَنَّهَا قُطِعَتْ بِالسَّبَبَيْنِ فَيَرْجِعُ بِمَا يُقَابِلُ نِصْفَ اليَد، وَإِنْ قَبل يَرْجِعُ بِثَلاثَةِ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ لأَنَّ اليَدَ نِصْفُ الآدَمِيِّ وَتَلفَتْ بِالجِنَايَتَيْنِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا الرُّجُوعُ عَلى البَائِعِ فَيُقْسَمُ النِّصْفُ عَلَيْهِمَا بِنِصْفَيْنِ وَالنِّصْفُ الآخَرُ يَرْجِعُ فِيهِ عَلى البَائِعِ فَيَرُدُّهُ العَبْدُ عَلَيْه. فَإِنْ قِيل: إِذَا حَدَثَ عِنْدَ المُشْتَرِي عَيْبٌ ثُمَّ اطَّلعَ عَلى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ البَائِعِ فَقبلهُ البَائِعُ كَذَلِكَ رَجعَ المُشْتَرِي عَلَيْهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ فَلمَ لَمْ يَكُنْ هُنَا كَذَلِكَ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ نَظَرًا إِلى جَرَيَانِه مَجْرَى الاسْتِحْقَاق، وَمَا ذَكَرْتُمْ لا يُتَصَوَّرُ فِيه. فَإِنْ قِيل: أَلا تَذْكُرُونَ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ حُكْمَ العَيْبِ وَالاسْتِحْقَاقِ يَسْتَوِيَانِ قَبْلَ القَبْضِ وَبَعْدَهُ فِي غَيْرِ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ فَمَا الذي أَوْجَبَ الاخْتِلافَ هَاهُنَا بَيْنَهُمَا؟ قُلنَا: بَلى لكِنْ لَيْسَ كَلامُنَا الآنَ فِيهِمَا بَل فِيمَا يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الاسْتِحْقَاقِ وَالمَعِيبِ، وَمَا يُنَزَّلُ مَنْزِلةَ الشَّيْءِ لا يَلزَمُ أَنْ يُسَاوِيَهُ فِي جَمِيعِ الأَحْكَامِ فَعَسَى يَكْفِي شَبَهًا بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيه، وَالاسْتِحْقَاقُ كَوْنُ العَقْدِ غَيْرَ مُتَنَاوِلٍ لِيَنْتَقِضَ القَبْضُ مِنْ الأَصْلِ لِمَا مَرَّ آنفًا. قَال: وَلوْ تَدَاوَلتْهُ الأَيْدِي: يَعْنِي بَعْدَ وُجُودِ السَّرِقَةِ مِنْ العَبْدِ فِي يَدِ البَائِعِ. إِذَا تَدَاوَلتْهُ الأَيْدِي بِالبِيَاعَاتِ ثُمَّ قُطِعَ العَبْدُ فِي يَدِ الأَخِيرِ تَرْجِعُ البَاعَةُ وَهُوَ جَمْعُ بَائِعٍ كَالحَاكَةِ جَمْعُ حَائِكٍ بَعْضُهُمْ عَلى بَعْضٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا فِي الاسْتِحْقَاقِ لأَنَّهُ بِمَنْزِلته، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الأَخِيرُ عَلى بَائِعه وَلا يَرْجِعُ بَائِعُهُ عَلى بَائِعه كَمَا فِي العَيْبِ لأَنَّهُ بِمَنْزِلته، وَهَذَا لأَنَّ المُشْتَرِيَ الأَخِيرَ لَمْ يَصِرْ حَابِسًا حَيْثُ لَمْ يَبِعْهُ، وَلا كَذَلكَ الآخَرُونَ فَإِنَّ البَيْعَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ لِنُقْصَانِ العَيْبِ لِمَا تَقَدَّمَ (قَوْلُهُ وَقَوْلُهُ فِي الكِتَاب) أَيْ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَلَمْ يَعْلَمْ المُشْتَرِي يُفِيدُ عَلى مَذْهَبِهِمَا لأَنَّ) هَذَا يَجْرِي مَجْرَى العَيْبِ عِنْدَهُمَا وَالعلمُ بِالعَيْبِ رِضًا بِه، وَلا يُفِيدُ عَلى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الصَّحِيحِ لأَنَّهُ بِمَنْزِلةِ الاسْتِحْقَاقِ وَالعلمُ بِه لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

وَقَوْلُهُ (فِي الصَّحِيحِ) احْتِرَازٌ عَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا يَرْجِعُ لأَنَّ حِل الدَّمِ مِنْ وَجْه كَالاسْتِحْقَاقِ وَمِنْ وَجْه كَالعَيْبِ حَتَّى لا يَمْنَعَ صِحَّةَ البَيْعِ فَلِشَبَهِهِ بِالاسْتِحْقَاقِ قُلنَا عِنْدَ الجَهْل بِه يَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَلِشَبَهِهِ بِالعَيْبِ قُلنَا لا يَرْجِعُ عِنْدَ

العِلمِ بِشَيْءٍ، لأَنَّهُ إِنَّمَا جُعِل هَذَا كَالاسْتِحْقَاقِ لدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الْمُشْتَرِي وَقَدْ انْدَفَعَ حِينَ عَلِمَ بِهِ وَاشْتَرَاهُ. وَقَال شَمْسُ الأَئِمَّة: إِذَا اشْتَرَاهُ وَهُوَ يَعْلَمُ بحل دَمه فَفِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ يَرْجِعُ بالثَّمَنِ أَيْضًا إِذَا قُتل عِنْدَهُ لأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلة الاسْتِحْقَاقِ. وَقَال فَخْرُ الإِسْلام: الصَّحِيحُ أَنَّ الجَهْلَ وَالعِلمَ سَوَاءٌ لأَنَّهُ مِنْ قَبِيل الاسْتِحْقَاقِ، وَالعِلمُ بالاسْتِحْقَاقِ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

قِيل فِيهِ نَظَرٌ، لأَنَّا سَلَمْنَا أَنَّ العِلمَ بالاسْتِحْقَاقِ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، لكِنْ لا نُسَلمُ أَنَّ العِلمَ بالعَيْبِ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، وَهَذَا عَيْبٌ لأَنَّهُ مُوجِبٌ لنُقْصَانِ الثَّمَنِ، وَلكِنَّهُ أُجْرِيَ مَجْرَى الاسْتِحْقَاقِ وَنُزِّل مَنْزِلتَهُ لا حَقِيقَتَهُ، لأَنَّ فِي حَقِيقَته يَبْطُلُ البَيْعُ وَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ فِي قَوْلهِمْ جَمِيعًا سَوَاءٌ كَانَ عَالِمًا بِذَلكَ أَوْ جَاهلا قَبْل القَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ، وَهُنَا لا يَبْطُلُ البَيْعُ. وَالجَوَابُ أَنَّ كَوْنَهَا أَصَحَّ أَوْ صَحِيحًا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ صِحَّةُ النَّقْلِ وَشُهْرَتُهُ فَلا يُرَدُّ السُّؤَالُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ حَيْثُ الدَّلِيلُ.

وَقَوْلُهُ فِي النَّظَرِ وَهَذَا عَيْبٌ مَمْنُوعٌ لأَنَّهُمْ صَرَّحُوا أَنَّهُ بِمَنْزِلةِ العَيْبِ أَوْ أَنَّهُ عَيْبٌ مِنْ وَجْهٍ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ فَلا يَلزَمُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ حُكْمَ العَيْبِ مِنْ كُل وَجْهٍ، وَقَدْ تَرَجَّحَ جَانِبُ الاسْتِحْقَاقِ بِالدَّلائِل المُتَقَدِّمَة فَأُجْرِيَ مَجْرَاهُ

(قَال: وَمَنْ بَاعَ عَبدًا وَشَرَطَ البَرَاءَةَ مِن كُل عَيبٍ فَلَيسَ لهُ أَن يَرُدَّهُ بِعَيبٍ وَإِن لم يُسَمِّ العُيُوبَ بِعَدَدِهَا) وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا تَصِحُّ البَرَاءَةُ بِنَاءً عَلى مَذهَبِهِ أَنَّ الإِبرَاءَ عَن الحُقُوقِ المَجهُولةِ لا يَصِحُّ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ فِي الإِبرَاءِ مَعنَى التَّمليكِ حَتَّى يَرتَدَّ بِالرَّدِّ، وَتَمليكُ المَجهُول لا يَصِحُّ. وَلنَا أَنَّ الجَهَالةَ فِي الإِسقَاطِ لا تُفضِي إِلى المُنَازَعَةِ وَإِن كَانَ فِي ضِمنِهِ التَّمليكُ لعَدَمِ الحَاجَةِ إِلى التَّسليمِ فَلا تَكُونُ مُفسِدَةً، وَيَدخُلُ فِي هَذِهِ البَرَاءَةِ العَيبُ المَوجُودُ وَالحَادِثُ قَبل القَبضِ فِي قَول أَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَدخُلُ فِيهِ الحَادِثُ وَهُوَ قَولُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأَنَّ البَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابِتَ. وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الغَرَضَ إِلزَامُ العَقدِ بِإِسقَاطِ حَقِّهِ عَن صِفَةِ السَّلامَةِ وَذَلكَ بِالبَرَاءَةِ عَن المَوجُودِ وَالحَادِثِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ البَرَاءَةَ مِنْ كُل عَيْب) البَيْعُ بِشَرْطِ البَرَاءَةِ عَنْ كُل عَيْبٍ صَحِيحٍ سَمَّى العُيُوبَ وَعَدَدَهَا أَوْ لا عَلمَهُ البَائِعُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْهُ وَقَفَ عَليْهِ الْمُشْتَرِي

أَوْ لَمْ يَقِفْ أَشَارَ إِلَيْه أَوْ لا مَوْجُودًا كَانَ عِنْدَ العَقْدِ وَالقَبْضِ أَوْ حَدَثَ بَعْدَ العَقْدِ قَبْلَ القَبْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي رِوَايَة.

وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يَدْخُلُ الحَادِثُ قَبْلَ القَبْضِ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ وَمَالِك. وَقَال زُفَرُ: إِذَا كَانَ مَجْهُولا صَحَّ البَيْعُ وَفَسَدَ الشَّرْطُ (وَقَال الشَّافِعِيُّ: لا تَصِحُّ البَرَاءَةُ مِنْ كُل عَيْب) مَا لَمْ يَقُل مِنْ عَيْبِ كَذَا وَمِنْ عَيْبِ كَذَا. وَكَانَ ابْنُ أَبِي لَيْلى يَقُولُ: لا تَصِحُّ البَرَاءَةُ مِنْ العَيْبِ مَعَ التَّسْمِيَة مَا لَمْ يَرَهُ المُشْتَرِي.

وَقَدْ جَرَتْ هَذِه المَسْأَلةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مَجْلِسِ أَبِي جَعْفَرٍ الدَّوَانِيقِيِّ، فَقَال لهُ أَبُو حَنِيفَةَ: أَرَأَيْت لوْ بَاعَ جَارِيَةً فِي المَأْتِيِّ مِنْهَا عَيْبٌ أَكَانَ يَجِبُ عَلى البَائِعِ أَنْ يُرِيَ المُشْتَرِيَ ذَلكَ المَوْضِعَ مِنْهَا؟ أَرَأَيْت لوْ أَنَّ بَعْضَ حَرَمِ أَمِيرِ المُؤْمِنِينَ بَاعَ عَبْدًا بِرَأْسِ ذَكَرِه بَرَصٌ أَكَانَ يَلزَمُهُ أَنْ يُرِيَ المُشْتَرِيَ ذَلكَ؟ وَمَا زَال حَتَّى أَفْحَمَهُ وَضَحِكَ الخَلِيفَةُ مِمَّا صَنَعَ بِه. الشَّافِعِيُّ يَقُولُ: إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ البَرَاءَةِ مِنْ كُل عَيْبٍ فَالبَيْعُ فَاسِدٌ، وَفِي قَوْلٍ آخَرَ لهُ: البَيْعُ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ بِنَاءً عَلى مَذْهَبِه أَنَّ الإِبْرَاءَ عَنْ الحُقُوقِ المَجْهُولة لا تَصِحُّ، لأَنَّ فِي الإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْليك، وَلهَذَا لوْ أَبْرَأَ المَدْيُونَ عَنْ دَيْنِه فَرَدَّ الإِبْرَاءَ لمْ يَصِحَّ الإِبْرَاءُ، وَتَمْليكُ المَجْهُول لا يَصِحُّ.

وَلنَا أَنَّ الإِبْرَاءَ إِسْقَاطٌ لا تَمْليكٌ لأَنَّهُ لا يَصِحُّ تَمْليكُ العَيْنِ بِهَذِه اللفْظَة وَيَصِحُّ الإِبْرَاءُ بِأَسْقَطْت عَنْك دَيْنِي، وَلأَنَّهُ يَتِمُّ بِلا قَبُولٍ وَالتَّمْليكُ لا يَتِمُّ بِدُونِه، وَالإِسْقَاطُ لا تُفْضِي الجَهَالةُ فِيه إِلى المُنَازَعَة لأَنَّ الجَهَالةَ إِنَّمَا أَبْطَلتْ التَّمْليكَات لفَوَات التَّسْليمِ الوَاجِبِ بِالعَقْد وَهُوَ لا يُتَصَوَّرُ فِي الإِسْقَاط فَلا يَكُونُ مُبْطلا لهُ، وَلهَذَا جَازَ طَلاقُ نِسَائِه وَإِعْتَاقُ عَبِيدِه وَهُوَ لا يَدْرِي عَدَدَهُمْ. وَقَوْلُهُ (وَإِنْ كَانَ فِي ضِمْنِه التَّمْليكُ) إِشَارَةٌ إِلى الجَوَابِ عَنْ قَوْله يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذَلكَ لمَا فِيه مِنْ مَعْنَى التَّمْليك ضِمْنًا، وَهُوَ لا يُؤَثِّرُ فِي فَسَاد مَا قُلنَاهُ لأَنَّا بَيَّنَّا أَنَّ مَحْضَ التَّمْليك لا يَبْطُلُ بِجَهَالةٍ لا تُفَوِّتُ التَّسْليمَ، كَمَا إِذَا بَاعَ قَفِيزًا مِنْ صُبْرَة فُلانٍ لا يَبْطُلُ الإِسْقَاطُ الذِي فِيه مَعْنَى التَّمْليك، وَالمُسْقطُ مُتَلاشٍ لا يَحْتَاجُ إِلى التَّسْليمِ أَوْلى. وَوَجْهُ قَوْل مُحَمَّد إِنَّ البَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابتَ حَال البَرَاءَة لأَنَّ مَا يُحْبَسُ مَجْهُولٌ لا يُعْلمُ أَيَحْدُثُ أَمْ لا وَأَيُّ مِقْدَارٍ يَحْدُثُ وَالثَّابتُ ليْسَ كَذَلكَ فَلا يَتَنَاوَلُهُ. وَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: الغَرَضُ مِنْ الإِبْرَاءِ إِلزَامُ

العَقْد بِإسْقَاط حَقِّ المُشْتَري عَنْ صِفَة السَّلامَة ليَقْدرَ عَلى التَّسْليم الوَاجب بالعَقْد وَذَلكَ بالبَرَاءَة عَنْ المَوْجُود وَالحَادث. فَإنْ قِيل: لوْ نَصَّ بالحَادث فَقَال بعْت بشَرْط البَرَاءَة عَنْ كُل عَيْب أَوْ مَا يَحْدُثُ فَالبَيْعُ فَاسدٌ بالإجْمَاع، وَالحُكْمُ الذي يَفْسُدُ تَنْصيصُهُ كَيْفَ يَدْخُلُ فِي مُطْلَقِ البَرَاءَة؟ قُلنَا لا نُسَلمُ الإجْمَاعَ فَإنَّهُ ذُكرَ فِي الذَّخيرَة أَنَّهُ يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خلافًا لمُحَمَّد، سَلمْنَاهُ وَلكنَّ الفَرْقَ لأَنَّ ظَاهرَ لفْظه هَاهُنَا يَتَنَاوَلُ العُيُوبَ المَوْجُودَةَ ثُمَّ يَدْخُلُ فِيهَا مَا يَحْدُثُ قَبْل القَبْضِ تَبَعًا، وَقَدْ يَدْخُلُ فِي التَّصَرُّف تَبَعًا مَا لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَقْصُودًا. وَالجَوَابُ عَنْ قَوْله إنَّ مَا يَحْدُثُ مَجْهُولٌ أَنَّ مِثْلهُ مِنْ الجَهَالة غَيْرُ مَانعٍ فِي الإسْقَاط كَمَا تَقَدَّمَ (قَوْلُهُ وَيَدْخُلُ فِي هَذه البَرَاءَة) احْترَازٌ عَمَّا لوْ **قَال بعْت هَذَا العَبْدَ عَلى أَنِّي بَرِيءٌ مِنْ كُل عَيْبٍ به** فَإنَّهُ لا يَبْرَأُ عَنْ الحَادث بالإجْمَاعِ لأَنَّهُ لَمَّا قَال به اقْتَصَرَ عَلى المَوْجُود.

بَابُ البَيعِ الفَاسِدِ

الشرح:

(بَابُ البَيعِ الفَاسدِ): تَأْخيرُ غَيْرِ الصَّحيحِ عَنْ الصَّحيحِ لعَلهُ غَيْرُ مُحْتَاجٍ إلى تَنْبيه، وَلُقِّبَ البَابُ بالفَاسد وَإنْ كَانَ مُشْتَملا عَليْه وَعَلى البَاطل لكَثْرَة وُقُوعه بتَعَدُّد أَسْبَابه. وَالبَاطلُ هُوَ مَا لا يَكُونُ صَحيحًا أَصْلا وَوَصْفًا، وَالفَاسدُ هُوَ مَا لا يَصحُّ وَصْفًا، وَكُلُّ مَا أَوْرَثَ خَللا فِي رُكْنِ المَبيعِ فَهُوَ مُبْطلٌ، وَممَّا أَوْرَثَهُ فِي غَيْره كَالتَّسْليم وَالتَّسَلُّمِ الوَاجبَيْنِ به وَالانْتفَاعِ المَقْصُود منْهُ وَعَدَمِ الإطْلاق عَنْ شَرْط لا يَقْتَضيه وَغَيْر ذَلكَ فَهُوَ مُفْسدٌ، وَعَلى هَذَا تُفَصَّلُ المَسَائلُ المَذْكُورَةُ فِي الكتَاب فَيُقَالُ: البَيْعُ بالمَيْتَة لُغَةً وَهُوَ الذي مَاتَ حَتْفَ أَنْفه، وَالدَّمُ وَالحُرُّ بَاطلٌ لانْعدَامِ الرُّكْنِ وَهُوَ مُبَادَلةُ المَال بالمَال بالتَّرَاضي، لأَنَّ هَذه الأَشْيَاءَ لا تُعَدُّ مَالا عنْدَ أَحَد ممَّنْ لهُ دينٌ سَمَاويٌّ.

وَإنَّمَا قَيَّدْنَا بقَوْلنَا لُغَةً لتَخرُجَ المَخْنُوقَةُ وَأَمْثَالُهَا كَالمَجْرُوحَة بالمَذْبُوحَة فِي غَيْر المَذْبح فَإنَّ ذَلكَ عنْدَهُمْ بمَنْزلة الذَّبيحَة عنْدَنَا، وَلهَذَا إذَا بَاعُوا ذَلكَ فِيمَا بَيْنَهُمْ جَازَ. ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ فِي التَّجْنيسِ وَإنْ كَانَ مَيْتَةً عنْدَنَا، بخلاف المَيْتَة حَتْفَ أَنْفه فَإنَّ بَيْعَهُ فيمَا بَيْنَهُمْ لا يَجُوزُ لأَنَّهَا لَيْسَتْ بمَالٍ عنْدَهُمْ، وَعَلى هَذَا يَكُونُ قَوْلُهُ فَالبَيْعُ فَاسدٌ فَاللامُ الاسْتغْرَاق عَلى عُمُومه فِي بيَاعَات المُسْلمينَ وَغَيْرهمْ **وَالبَيْعُ بالخَمْر وَالخنْزير** فَاسدٌ

لِوُجُودِ حَقِيقَتِهِ وَهِيَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، فَإِنَّهُ أَيْ المَذْكُورَ مِنْ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الكُفْرِ.

وَإِنَّمَا أَوَّلْنَا بِذَلِكَ لِأَنَّهُ مَالٌ عِنْدَنَا بِلا خِلافٍ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَبْطَلَ تَقَوُّمَهَا فِي حَقِّ المُسْلِمِينَ لِئَلا يَتَمَوَّلُوهَا كَمَا أَبْطَلَ قِيمَةَ الجَوْدَةِ بِانْفِرَادِهَا فِي حَقِّ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، وَلَوْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ عِنْدَ بَعْضِ المُسْلِمِينَ لَمْ يَحْتَجْ إلى تَأْوِيلٍ لَكِنَّهُ خِلافُ الظَّاهِرِ.

(وَإِذَا كَانَ أَحَدُ العِوَضَيْنِ أَو كِلاهُمَا مُحَرَّمًا فَالبَيْعُ فَاسِدٌ كَالبَيْعِ بِالمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالخِنزِيرِ وَالخَمرِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيرَ مَملُوكٍ كَالحُرِّ) قَالَ : هَذِهِ فُصُولٌ جَمعهَا، وَفِيهَا تَفصِيلٌ نُبَيِّنُهُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى فَنَقُولُ: البَيعُ بِالمَيتَةِ وَالدَّمِ بَاطِلٌ، وَكَذَا بِالحُرِّ لانعِدَامِ رُكنِ البَيعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، فَإِنَّ هَذِهِ الأَشيَاءَ لا تُعَدُّ مَالا عِندَ أَحَدٍ وَالبَيعُ بِالخَمرِ وَالخِنزِيرِ فَاسِدٌ لِوُجُودِ حَقِيقَةِ البَيعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ فَإِنَّهُ مَالٌ عِندَ البَعضِ وَالبَاطِلُ لا يُفِيدُ مِلكَ التَّصَرُّفِ.

الشرح:

وَقَوْلُهُ (وَالبَاطِلُ لا يُفِيدُ مِلكَ التَّصَرُّفِ) كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إلى الفَرْقِ بَيْنَ البَاطِلِ وَالفَاسِدِ، وَالبَاطِلُ لا يُفِيدُ مِلكَ التَّصَرُّفِ وَمَا لا يُفِيدُ مِلكَ التَّصَرُّفِ لا يُفِيدُ مِلكَ الرَّقَبَةِ فَالبَاطِلُ لا يُفِيدُ مِلكَ الرَّقَبَةِ.

وَلو هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشتَرِي فِيهِ يَكُونُ أَمَانَةً عِندَ بَعضِ المَشَايِخِ لأَنَّ العَقدَ غَيرُ مُعتَبَرٍ فَبَقِيَ القَبضُ بِإِذنِ المَالِكِ وَعِندَ البَعضِ يَكُونُ مَضمُونًا لأَنَّهُ لا يَكُونُ أَدنَى حَالا مِن المَقبُوضِ عَلَى سَومِ الشِّرَاءِ. وَقِيلَ الأَوَّلُ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَالثَّانِي قَولُهُمَا كَمَا فِي بَيعِ أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى، وَالفَاسِدُ يُفِيدُ المِلكَ عِندَ اتِّصَالِ القَبضِ بِهِ وَيَكُونُ المَبِيعُ مَضمُونًا فِي يَدِ المُشتَرِي فِيهِ. وَفِيهِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ وَسَنُبَيِّنُهُ بَعدَ هَذَا. وَكَذَا بَيعُ المَيتَةِ وَالدَّمِ وَالحُرِّ بَاطِلٌ لأَنَّهَا لَيسَت أَموَالا فَلا تَكُونُ مَحِلا لِلبَيعِ.

الشرح:

(وَلَوْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فِي البَاطِلِ يَكُونُ أَمَانَةً عِنْدَ بَعْضِ المَشَايِخِ) أَبِي أَحْمَدَ الطَّوَاوِيسِيِّ وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ،

نَقَلَهُ أَبُو المُعِينِ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الكَبِيرِ (لأنَّ العَقْدَ) بَاطِلٌ وَالبَاطِل (غَيْرُ مُعْتَبَرٍ) وَالقَبْضَ بِإِذْنِ المَالِكِ فَيَكُونُ أَمَانَةً (وَعِنْدَ بَعْضٍ آخَرَ) شَمْسِ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيِّ وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ (يَكُونُ مَضْمُونًا لأَنَّهُ لا يَكُونُ أَدْنَى حَالا مِنْ المَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاء) لِوُجُودِ صُورَةِ العِلة هَاهُنَا دُونَ المَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاء وَفِيه القِيمَةُ فَكَذَلِكَ هَاهُنَا؛ وَالمَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ هُوَ أَنْ يُسَمِّيَ الثَّمَنَ فَيَقُول اذْهَبْ بِهَذَا فَإِنْ رَضِيته اشْتَرَيْته بِعَشَرَة.

أَمَّا إِذَا لَمْ يُسَمِّ الثَّمَنَ فَذَهَبَ بِه فَهَلَكَ عِنْدَهُ لا يَضْمَنُ، نَصَّ عَلَيْه الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْث فِي العُيُون. قِيل وَعَلَيْه الفَتْوَى. وَقَال مُحَمَّدُ بْنُ سَلمَةَ البَلخِيُّ (الأَوَّلُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالثَّانِي قَوْلُهُمَا كَمَا فِي بَيْعِ أُمِّ الوَلدِ وَالمُدَبَّرِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالى، وَالفَاسِدُ يُفِيدُ المِلكَ عِنْدَ اتِّصَال القَبْضِ بِه) أَيْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ القَبْضُ بِإِذْنِ المَالِك بِاتِّفَاق الرِّوَايَات، وَأَمَّا إِذَا قَبَضَهُ بَعْدَ الافْتِرَاق عَنْ المَجْلس بِغَيْرِ إِذْنِ البَائِعِ ذُكِرَ فِي المَأْذُون أَنَّهُ لا يَمْلكُ. قَالُوا: ذَلكَ مَحْمُولٌ عَلى مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ شَيْئًا لا يَمْلكُهُ البَائِعُ بِالقَبْضِ كَالخَمْرِ وَالخِنْزِير، وَأَمَّا إِذَا كَانَ شَيْئًا يَمْلكُهُ فَقَبْضُ الثَّمَنِ مِنْهُ يَكُونُ إِذْنًا بِالقَبْض.

فَإِنْ قِيل: لوْ أَفَادَ ذَلكَ المِلكَ لجَازَ للمُشْتَرِي وَطْءُ جَارِيَة اشْتَرَاهَا شِرَاءً فَاسِدًا وَجَازَ أَخْذُ الشُّفْعَة للشَّفِيعِ فِي الدَّارِ المُشْتَرَاة بِشِرَاءٍ فَاسِد وَيَحِلُّ أَكْلُ طَعَامٍ اشْتَرَاهُ كَذَلكَ لأَنَّ المِلكَ مُطْلَقٌ لهُ لكِنْ لَيْسَ لهُ ذَلكَ. فَالجَوَابُ أَنَّ مَا لمْ يَحِل وَطْؤُهَا وَأَكْلُهُ لَمْ تَثْبُتْ الشُّفْعَةُ فِيمَا ذُكِرَتْ لأَنَّ فِي الاشْتغَال بِالوَطْءِ وَالأَكْل إِعْرَاضًا عَنْ الرَّدِّ، وَفِي القَضَاءِ بِالشُّفْعَة تَقْرِيرَ الفَسَاد وَتَأْكِيدَهُ فَلا يَجُوزُ.

وَاعْلَمْ أَنَّ المَشَايِخَ اخْتَلفُوا فِي مَبْنَى جَوَازِ **التَّصَرُّف للمُشْتَرِي فِي المُشْتَرَى بِشِرَاءٍ فَاسِد**: فَذَهَبَ العِرَاقِيُّونَ إِلى أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلى تَسْليط البَائِعِ عَلى ذَلكَ لا عَلى مِلك العَيْنِ، وَاسْتَدَلُّوا بِالمَسَائِل المَذْكُورَة. قَالُوا لوْ مَلكَ العَيْنَ لَملكَ الأُمُورَ المَذْكُورَةَ وَلَمْ يَمْلكْهَا.

وَذَهَبَ مَشَايِخُ بَلخِي إِلى أَنَّ جَوَازَ التَّصَرُّف بِنَاءٌ عَلى مِلك العَيْنِ. وَاسْتَدَلُّوا بِمَا إِذَا اشْتَرَى دَارًا بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ وَقَبَضَهَا فَبِيعَ بِجَنْبِهَا دَارٌ أُخْرَى فَللمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَهُ بِالشُّفْعَةِ لنَفْسِهِ. وَلوْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِشِرَاءٍ فَاسِدٍ وَقَبَضَهَا ثُمَّ رَدَّهَا عَلى البَائِعِ وَجَبَ عَلَيْه

الاسْتِبْرَاءُ وَلوْ بَاعَ **الأَبُ أَوْ الوَصِيُّ عَبْدَ يَتِيمٍ بَيْعًا فَاسِدًا وَقَبَضَهُ المُشْتَرِي ثُمَّ أَعْتَقَهُ** جَازَ عِتْقُهُ، وَلوْ كَانَ عِتْقُهُ عَلى وَجْهِ التَّسْلِيطِ لَمَا جَازَ لأَنَّ عِتْقَهُمَا أَوْ تَسْلِيطَهُمَا عَلى العِتْقِ لا يَجُوزُ فَعُلِمَ بِهَذِهِ الأَحْكَامِ أَنَّهُ يَمْلِكُ العَيْنَ.

وَأَجَابُوا عَنْ المَسَائِلِ المَذْكُورَةِ بِمَا ذَكَرْنَا قَبْلُ وَهُوَ الأَصَحُّ. وَإِذَا كَانَ مُفِيدًا للملك عِنْدَ اتِّصَالِ القَبْضِ بِهِ كَانَ المَبِيعُ مَضْمُونًا فِي يَدِ المُشْتَرِي فِيهِ: أَيْ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ، وَفِيهِ خلافُ الشَّافِعِيِّ وَسَنُبَيِّنُهُ بَعْدَ هَذَا فِي أَوَّلِ الفَصْلِ الذي يَلِي هَذَا البَابَ (قَوْلُهُ وَكَذَا بَيْعُ المَيْتَةِ) يَعْنِي كَمَا أَنَّ البَيْعَ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ بَاطِلٌ فَكَذَا بَيْعُ هَذِهِ الأَشْيَاءِ لأَنَّهَا لَيْسَتْ أَمْوَالا فَلا تَكُونُ مَحَلا للبَيْعِ، وَأَمَّا بَيْعُ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالدَّيْنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ أَوْ بِالعَيْنِ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَالبَيْعُ بَاطِلٌ لا يُفِيدُ مِلكَ الخَمْرِ وَلا مَا يُقَابِلُهَا. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَالبَيْعُ فَاسِدٌ لا يُفِيدُ مِلكَ الخَمْرِ وَيُفِيدُ مِلكَ مَا يُقَابِلُهَا مِنْ البَدَلِ بِالقَبْضِ.

وَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ أَنَّ الخَمْرَ مَالٌ وَكَذَا الخِنْزِيرُ عِنْدَ أَهْلِ الذِّمَّةِ إلا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ: أَيْ غَيْرُ مُعَزَّزٍ يُقَابِلُهُ قِيمَةٌ لأَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ بِإِهَانَتِهِ وَتَرْكِ إِعْزَازِهِ، وَمَا أَمَرَ الشَّرْعُ بِتَرْكِ إِعْزَازِهِ لا يَكُونُ مَعْزُوزًا فَلا يَكُونُ مُتَقَوِّمًا، وَفِي تَمَلُّكِهِ بِالعَقْدِ مَقْصُودًا: أَيْ يَجْعَلُهُ مَبِيعًا إِعْزَازًا لهُ وَهُوَ خلافُ المَأْمُورِ بِهِ.

وَبَيَانُهُ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ وَهَذَا لأَنَّهُ مَتَى اشْتَرَاهَا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَالدَّرَاهِمُ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ لِكَوْنِهَا وَسِيلَةً لَمَا أَنَّهَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ وَإِنَّمَا المَقْصُودُ الخَمْرُ، وَفِي جَعْلِهِ كَذَلِكَ خلافُ المَأْمُورِ بِهِ فَيَسْقُطُ التَّقَوُّمُ أَصْلا لِئَلا يُفْضِيَ إِلى خلافِ المَأْمُورِ بِهِ. وَحِينَئِذٍ يَكُونُ البَيْعُ بَاطِلا، بِخلافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الثَّوْبَ بِالخَمْرِ لأَنَّ مُشْتَرِيَ الثَّوْبِ يَجْعَلُهُ مَبِيعًا إِنَّمَا يَقْصِدُ تَمَلُّكَ الثَّوْبِ بِوَسِيلَةِ الخَمْرِ، وَفِيهِ إِعْزَازٌ للثَّوْبِ دُونَ الخَمْرِ فَلَمْ يَكُنْ ذِكْرُهَا لِنَفْسِهَا بَل لِغَيْرِهَا وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ إِعْزَازُهَا وَلا خلافُ مَا أَمَرَ بِهِ فَلا يَكُونُ بَاطِلا وَفَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ وَوَجَبَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ دُونَ الخَمْرِ، وَكَذَا إِذَا بَاعَ الخَمْرَ بِالثَّوْبِ يَكُونُ البَيْعُ فَاسِدًا، وَإِنْ وَقَعَ الخَمْرُ مَبِيعًا وَالثَّوْبُ ثَمَنًا بِدُخُولِ البَائِعِ لِكَوْنِهِ مُقَايَضَةً وَفِيهَا كُلٌّ مِنْ العِوَضَيْنِ يَكُونُ ثَمَنًا وَمُثَمَّنًا، فَلَمَّا كَانَ فِي الخَمْرِ جِهَةُ الثَّمَنِيَّةِ رُجِّحَ جَانِبُ الفَسَادِ عَلى جَانِبِ البُطْلانِ صَوْنًا للتَّصَرُّفِ عَنْ البُطْلانِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ.

وَأَمَّا بَيْعُ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ إنْ كَانَ قُوبِلَ بِالدَّيْنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَالبَيْعُ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ قُوبِلَ بِعَيْنٍ فَالبَيْعُ فَاسِدٌ حَتَّى يَمْلِكَ مَا يُقَابِلُهُ وَإِنْ كَانَ لا يَمْلِكُ عَيْنَ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الخَمْرَ مَالٌ وَكَذَا الخِنْزِيرُ مَالٌ عِنْدَ أَهْلِ الذِّمَّةِ إلا أَنَّهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ لِمَا أَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ بِإِهَانَتِهِ وَتَرْكِ إعْزَازِهِ، وَفِي تَمَلُّكِهِ بِالعَقْدِ مَقْصُودًا إعْزَازٌ لَهُ، وَهَذَا لأَنَّهُ مَتَى اشْتَرَاهُمَا بِالدَّرَاهِمِ فَالدَّرَاهِمُ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ؛ لِكَوْنِهَا وَسِيلَةً لِمَا أَنَّهَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ، وَإِنَّمَا المَقْصُودُ الخَمْرُ فَسَقَطَ التَّقَوُّمُ أَصْلا، بِخِلافِ مَا إذَا اشْتَرَى الثَّوْبَ بِالخَمْرِ لأَنَّ المُشْتَرِيَ لِلثَّوْبِ إنَّمَا يَقْصِدُ تَمَلُّكَ الثَّوْبِ بِالخَمْرِ. وَفِيهِ إعْزَازٌ لِلثَّوْبِ دُونَ الخَمْرِ فَبَقِيَ ذِكْرُ الخَمْرِ مُعْتَبَرًا فِي تَمَلُّكِ الثَّوْبِ لا فِي حَقِّ نَفْسِ الخَمْرِ حَتَّى فَسَدَتْ التَّسْمِيَةُ وَوَجَبَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ دُونَ الخَمْرِ، وَكَذَا إذَا بَاعَ الخَمْرَ بِالثَّوْبِ لأَنَّهُ لا يُعْتَبَرُ شِرَاءُ الثَّوْبِ بِالخَمْرِ لِكَوْنِهِ مُقَايَضَةً.

قَالَ (وَبَيعُ أُمِّ الوَلدِ وَالمُدَبَّرِ وَالمُكَاتَبِ فَاسِدٌ) وَمَعنَاهُ بَاطِلٌ لأَنَّ استِحقَاقَ العِتقِ قَد ثَبَتَ لأُمِّ الوَلدِ لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «أَعتَقَهَا وَلَدُهَا» وَسَبَبُ الحُرِّيَّةِ انعَقَدَ فِي المُدَبَّرِ فِي الحَالِ لِبُطلانِ الأَهلِيَّةِ بَعدَ المَوتِ، وَالمُكَاتَبُ استَحَقَّ يَدًا عَلَى نَفسِهِ لازِمَةً فِي حَقِّ المَولى، وَلَو ثَبَتَ المِلكُ بِالبَيعِ لَبَطَلَ ذَلكَ كُلُّهُ فَلا يَجُوزُ، وَلَو رَضِيَ المُكَاتَبُ بِالبَيعِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالأَظهَرُ الجَوَازُ، وَالمُرَادُ المُدَبَّرُ المُطلَقُ دُونَ المُقَيَّدِ، وَفِي المُطلَقِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي العَتَاقِ.

الشرح:

قَالَ (وَبَيْعُ أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ وَالمُكَاتَبِ فَاسِدٌ) أَيْ بَاطِلٌ، وَإِنَّمَا فَسَّرَهُ بِذَلِكَ لِئَلا يُتَوَهَّمَ أَنَّهُ يُفِيدُ المِلكَ بِاتِّصَالِ القَبْضِ وَالأَمْرُ بِخِلافِهِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ بِقَوْلِهِ لأَنَّ اسْتِحْقَاقَ العِتْقِ قَدْ ثَبَتَ إلخ، وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ بَيْنَ اسْتِحْقَاقِ العِتْقِ وَثُبُوتِ المِلكِ بِالبَيْعِ مُنَافَاةً لأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ عِبَارَةٌ عَنْ جِهَةِ حُرِّيَّةٍ لا يَدْخُلُ عَلَيْهَا الإِبْطَالُ وَثُبُوتُ المِلكِ يُبْطِلُهُمَا، وَأَحَدُ المُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ الاسْتِحْقَاقُ ثَابِتٌ لِقَوْلِهِ ﷺ «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**» فَيَنْتَفِي الآخَرُ. لا يُقَالُ: وَهُوَ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ لأَنَّهُ يُوجِبُ حَقِيقَةَ العِتْقِ وَأَنْتُمْ تَحْمِلُونَهُ عَلَى حَقِّهِ فَلا يَصْلُحُ دَلِيلا لأَنَّ المَجَازَ مُرَادٌ بِالإِجْمَاعِ.

وَكَذَلِكَ المُنَافَاةُ ثَابِتَةٌ بَيْنَ انْعِقَادِ سَبَبِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ المُدَبَّرِ فِي الحَالِ وَبَيْنَ

ثُبوتِ الملكِ بِالبَيْعِ لتَنَافِي اللوَازِمِ لأَنَّ الملكَ مَعَ الحُرِّيَّةِ لا يَجتَمِعَان، فَكَذَلكَ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ وَالبَيْعِ وَأَحَدُ المُتَنَافِيَيْنِ وَهُوَ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ ثَابتٌ فِي الحَالِ، لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ ثَابتًا فِي الحَالِ لكَانَ إِمَّا غَيْرَ ثَابتٍ مُطْلَقًا أَوْ ثَابتًا بَعْدَ المَوْتِ، وَالأَوَّلُ بَاطلٌ لأَنَّهُ يَسْتَلزمُ إِهْمَال لفظِ المُتَكَلمِ العَاقِلِ البَالغِ وَالإِعْمَالُ أَوْلى، وَكَذَلكَ الثَّانِي لأَنَّ مَا بَعْدَ المَوْتِ حَال بُطْلانِ الأَهْلِيَّةِ.

فَمَتَى قُلنَا إِنَّهُ يَنْعَقِدُ سَبَبًا بَعْدَ المَوْتِ احْتَجْنَا إِلى بَقَاءِ الأَهْلِيَّةِ، وَالمَوْتُ يُنَافِيهَا فَدَعَتْ الضَّرُورَةُ إِلى القَوْلِ بِانْعِقَادِ التَّدْبِيرِ سَبَبًا فِي الحَالِ وَتَأَخَّرَ الحُكْمُ إِلى مَا بَعْدَ المَوْتِ. وَكَذَلكَ بَيْنَ اسْتِحْقَاقِ المُكَاتَبِ يَدًا عَلى نَفْسِه لازِمَةً فِي حَقِّ المَوْلى وَبَيْنَ ثُبوتِ الملكِ مُنَافَاةٌ، لكِنَّ اسْتِحْقَاقَ اليَدِ اللازِمَةِ فِي حَقِّ المَوْلى ثَابتَةٌ لأَنَّهُ لا يَمْلكُ فَسْخَ الكِتَابَةِ بِدُونِ رِضَا المُكَاتَبِ فَيَنْتَفِي الآخَرُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِه فِي حَقِّ المَوْلى لأَنَّهَا غَيْرُ لازِمَةٍ فِي حَقِّ المُكَاتَبِ لقُدْرَتِه عَلى فَسْخِهَا بِتَعْجِيزِه نَفْسَهُ.

فَإِنْ قِيل: لوْ بَطَل بَيْعُ هَؤُلاءِ لكَانَ كَبَيْعِ الحُرِّ وَحِينَئِذٍ بَطَل بَيْعُ القِنِّ المَضْمُومِ إِلَيْهِمْ فِي البَيْعِ كَالمَضْمُومِ إِلى الحُرِّ وَالأَمْرُ بِخِلافِه.

فَالجَوَابُ أَنَّ بَيْعَ الحُرِّ بَاطلٌ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً لعَدَمِ مَحَليَّةِ البَيْعِ أَصْلا بِثُبُوتِ حَقِيقَةِ الحُرِّيَّةِ، وَبَيْعُ هَؤُلاءِ بَاطلٌ بَقَاءً لحَقِّ الحُرِّيَّةِ لا ابْتِدَاءً لعَدَمِ حَقِيقَتِهَا، وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا بَيِّنٌ وَلهَذَا جَازَ بَيْعُ أُمِّ الوَلدِ وَالمُدَبَّرِ وَالمُكَاتَبِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، وَلوْ قَضَى القَاضِي بِذَلكَ نَفَذَ قَضَاؤُهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلكَ دَخَلُوا فِي البَيْعِ ابْتِدَاءً لكَوْنِهِمْ مَحَلا لهُ فِي الجُمْلةِ ثُمَّ خَرَجُوا مِنْهُ لتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ فَبَقِيَ القِنُّ بِحِصَّتِه مِنْ الثَّمَنِ، وَالبَيْعُ بِالحِصَّةِ بَقَاءً جَائِزٌ بِخِلافِ الحُرِّ فَإِنَّهُ لمَّا لمْ يَدْخُل لعَدَمِ المَحَليَّةِ لزِمَ البَيْعُ بِالحِصَّةِ ابْتِدَاءً وَأَنَّهُ بَاطلٌ عَلى مَا يَجِيءُ. قَال (وَلوْ رَضِيَ المُكَاتَبُ بِالبَيْعِ فَفِيه رِوَايَتَان وَالأَظْهَرُ الجَوَازُ إلخ) لأَنَّ عَدَمَهُ كَانَ لحَقِّه، فَلمَّا أَسْقَطَ حَقَّهُ بِرِضَاهُ انْفَسَخَتْ الكِتَابَةُ وَجَازَ البَيْعُ.

وَرُوِيَ فِي النَّوَادِرِ أَنَّهُ لا يَجُوزُ. وَالمُرَادُ مِنْ المُدَبَّرِ هُوَ المُطْلقُ دُونَ المُقَيَّدِ بِالتَّفْسِيرِ المَارِّ فِي التَّدْبِيرِ، وَفِي المُطْلقِ خِلافُ الشَّافِعِيِّ. وَقَدْ تَقَدَّمَ فِيه

قَال (وَإِن مَاتَت أُمُّ الوَلدِ أَو المُدبَّرُ فِي يَدِ المُشتَرِي فَلا ضَمَانَ عَليهِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا: عَليهِ قِيمَتُهُمَا) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنهُ لهُمَا أَنَّهُ مَقبُوضٌ بِجِهَةِ البَيعِ فَيَكُونُ مَضمُونًا عَليهِ

كَسَائِرِ الأموَالِ، وَهَذَا لأنَّ المُدَبَّرُ وَأمُّ الوَلدِ يَدخُلانِ تَحتَ البَيعِ حتَّى يَملكَ مَا يُضَمُّ إليهِمَا فِي البَيعِ، بِخِلافِ المُكَاتَبِ لأنَّهُ فِي يَدِ نَفسِهِ فَلا يَتَحقَّقُ فِي حَقِّهِ القَبضُ وَهَذَا الضَّمَانُ بِهِ وَلهُ أنَّ جِهَةَ البَيعِ إنَّمَا تَلحَقُ بِحَقِيقَةٍ فِي مَحلٍّ يَقبَلُ الحقِيقَةَ وَهُمَا لا يَقبَلانِ حَقِيقَةَ البَيعِ فَصَارَا كَالمُكَاتَبِ، وَليسَ دُخُولُهُمَا فِي البَيعِ فِي حَقِّ أنفُسِهِمَا، وَإنَّمَا ذَلكَ ليَثبُتَ حُكمُ البَيعِ فِيمَا ضُمَّ إليهِمَا فَصَارَ كَمَالِ المُشتَرِي لا يَدخُلُ فِي حُكمِ عَقدِهِ بِانفِرَادِهِ، وَإنَّمَا يَثبُتُ حُكمُ الدُّخُولِ فِيمَا ضَمَّهُ إليهِ، كَذَا هَذَا.

الشرح:

وَإِنْ مَاتَتْ أُمُّ الوَلدِ أَوْ المُدَبَّرُ فِي يَدِ المُشْتَرِي فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: يَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهُمَا وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. وَهَذَا لَيْسَ عَلَى ظَاهِرِهِ بَل الرِّوَايَتَان عَنْهُ فِي حَقِّ المُدَبَّرِ.

رَوَى المُعَلى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَةَ المُدَبَّرِ بِالبَيْعِ كَمَا يَضْمَنُ بِالغَصْبِ، وَأَمَّا فِي حَقِّ أُمِّ الوَلدِ فَاتَّفَقَتْ الرِّوَايَاتُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا لا تُضْمَنُ بِالبَيْعِ وَالغَصْبِ لأَنَّهَا لا تَقَوُّمَ لمَالِيَّتِهَا.

وَالفَرْقُ لأَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ ضَمَانِ الغَصْبِ فِي المُدَبَّرِ وَضَمَانِ بَيْعِهِ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ المُعَلى أَنَّ ضَمَانَ البَيْعِ وَإِنْ أَشْبَهَ ضَمَانَ الغَصْبِ مِنْ حَيْثُ الدُّخُولُ فِي ضَمَانِهِ بِالقَبْضِ، لكِنْ لا بُدَّ مِنْ اعْتِبَارِ جِهَةِ البَيْعِ لأَنَّ المِلكَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِهَذَا الاعْتِبَارِ، فَإِذَا لمْ يَكُنْ مَحَلاً للبَيْعِ انْهَدَرَتْ هَذِهِ الجِهَةُ فَبَقِيَ قَبْضًا بِإِذْنِ المَالِكِ فَلا يَجِبُ الضَّمَانُ.

لهُمَا أَنَّهُ أَيْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلدِ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ البَيْعِ، لأَنَّ المُدَبَّرَ وَأُمَّ الوَلدِ يَدْخُلانِ تَحْتَ العَقْدِ حَتَّى يَمْلكَ بِالضَّمِّ إِلَيْهِمَا فِي البَيْعِ كَمَا مَرَّ آنفًا، وَمَا هُوَ كَذَلكَ فَهُوَ مَضْمُونٌ كَسَائِرِ الأَمْوَالِ المَقْبُوضَةِ عَلى سَوْمِ الشِّرَاءِ. فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ الدُّخُولُ تَحْتَ البَيْعِ وَتَمَلُّكُ مَا يُضَمُّ إِلَيْهِ مُوجِبًا للضَّمَانِ لكَانَ فِي المُكَاتَبِ كَذَلكَ. أَجَابَ بِقَوْلهِ بِخِلافِ المُكَاتَبِ لأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ فَلا يَتَحَقَّقُ فِي حَقِّهِ القَبْضُ وَهَذَا الضَّمَانُ بِالقَبْضِ وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ المَدَارَ هُوَ القَبْضُ لا الدُّخُولُ فِي العَقْدِ وَتَمَلُّكُ المَضْمُومِ.

وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ جِهَةَ البَيْعِ إِنَّمَا تُوجِبُ الضَّمَانَ فِي الأَمْوَالِ إِلحَاقًا بِحَقِيقَتِهِ فِي مَحَلٍّ يَقْبَلُ الحَقِيقَةَ، وَهُمَا: أَيْ أُمُّ الوَلدِ وَالمُدَبَّرُ لا يَقْبَلانِ حَقِيقَةَ البَيْعِ فَلا تُلحَقُ الجِهَةُ

بِهَا فَصَارَا كَالْمُكَاتَبِ فِي كَوْنِهِ غَيْرَ قَابِلٍ لِلحَقِيقَةِ (قَوْلُهُ وَلَيْسَ دُخُولُهُمَا) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِمَا يَدْخُلانِ تَحْتَ البَيْعِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ فَائِدَةَ الدُّخُولِ لا تَنْحَصِرُ فِي نَفْسِ الدَّاخِلِ لِجَوَازِ أَنْ تَكُونَ عَائِدَةً إلى غَيْرِهِ كَثُبُوتِ حُكْمِ البَيْعِ فِيمَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمُسْتَبْعَدٍ بَلْ لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ مَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا مَعَ عَبْدِ الْمُشْتَرِي مِنْ الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ يُقْسَمُ الثَّمَنُ عَلَى قِيمَتِهِمَا فَيَأْخُذُ الْمُشْتَرِي عَبْدَ البَائِعِ بِحِصَّتِهِ مِنْ الثَّمَنِ فَيَصِحُّ البَيْعُ فِي حَقِّ عَبْدِ البَائِعِ فَكَذَلِكَ هَذَا.

قال (وَلا يَجُوزُ بَيعُ السَّمَكِ قَبلَ أَن يُصطَادَ) لأَنَّهُ بَاعَ مَالا يَملِكُهُ (وَلا فِي حَظِيرَةٍ إِذَا كَانَ لا يُؤخَذُ إِلا بِصَيدٍ)؛ لأَنَّهُ غَيرُ مَقدُورِ التَّسلِيمِ، وَمَعنَاهُ إِذَا أَخَذَهُ ثُمَّ أَلقَاهُ فِيهَا لَو كَانَ يُؤخَذُ مِن غَيرِ حِيلَةٍ جَازَ، إِلا إِذَا اجتَمَعَت فِيهَا بِأَنفُسِهَا وَلَم يَسُدَّ عَلَيهَا المَدخَل لِعَدَمِ المِلكِ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ **بَيْعُ السَّمَكِ فِي الْمَاءِ قَبْلَ أَنْ يَصْطَادَهُ**) بَيْعُ السَّمَكِ قَبْلَ الاصْطِيَادِ بَيْعُ مَا لا يَمْلِكُهُ البَائِعُ فَلا يَجُوزُ، وَإِذَا اصْطَادَهُ ثُمَّ أَلْقَاهُ فِي الحَظِيرَةِ فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً لا يُمْكِنُ الأَخْذُ مِنْهَا إلا بِتَكَلُّفٍ وَاحْتِيَالٍ، فَإِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً لا يَجُوزُ لأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً جَازَ لأَنَّهُ بَاعَ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ، وَإِذَا سَلَمَهَا إِلَى الْمُشْتَرِي فَلَهُ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَإِنْ رَآهَا فِي الْمَاءِ لأَنَّ السَّمَكَ يَتَفَاوَتُ خَارِجَ الْمَاءِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ (قَوْلُهُ إلا إِذَا اجْتَمَعَتْ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ جَازَ: يَعْنِي الحَظِيرَةَ إِذَا كَانَتْ صَغِيرَةً تُؤْخَذُ مِنْ غَيْرِ حِيلَةٍ جَازَ إلا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهَا بِأَنْفُسِهَا وَ لَمْ يُسَدَّ عَلَيْهَا الْمَدْخَلُ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ لِعَدَمِ المِلْكِ، وَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُسْتَثْنًى مِنْ الْمَأْخُوذِ الْمُلقَى فِي الحَظِيرَةِ وَالْمُجْتَمِعُ بِنَفْسِهِ لَيْسَ بِدَاخِلٍ فِيهِ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ لَوْ سَدَّ صَاحِبُ الحَظِيرَةِ عَلَيْهَا مَلَكَهَا، أَمَّا بِمُجَرَّدِ الاجْتِمَاعِ فِي مِلْكِهِ فَلا، كَمَا لَوْ بَاضَ الطَّيْرُ فِي أَرْضِ إِنْسَانٍ أَوْ فَرَّخَتْ فَإِنَّهُ لا يَمْلِكُ لِعَدَمِ الإِحْرَازِ. لا يُشْكِلُ بِمَا إِذَا عَسَّلَ النَّحْلُ فِي أَرْضِهِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ بِمُجَرَّدِ اتِّصَالِهِ بِمِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُحْرِزَهُ أَوْ يُهَيِّئَ لَهُ مَوْضِعًا، لأَنَّ العَسَلَ إِذْ ذَاكَ قَائِمٌ بِأَرْضِهِ عَلَى وَجْهِ القَرَارِ فَصَارَ كَالشَّجَرِ النَّابِتِ فِيهَا، بِخِلافِ بَيْضِ الطَّيْرِ وَفَرْخِهَا وَالسَّمَكُ الْمُجْتَمِعُ بِنَفْسِهِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ فِيهَا عَلَى وَجْهِ القَرَارِ.

قَال (وَلا بَيعُ الطَّيرِ فِي الهَوَاءِ) لأَنَّهُ غَيرُ مَملُوكٍ قَبل الأخذِ، وَكَذَا لو أَرسَلَهُ مِن يَدِهِ لأنَّهُ غَيرُ مَقدُورِ التَّسليمِ.

الشرح:

قَال (وَلا) يَجُوزُ (**بَيْعُ الطَّيْرِ فِي الهَوَاءِ**) بَيْعُ الطَّيْرِ عَلى ثَلاثَة أَوْجُه: الأَوَّلُ بَيْعُهُ فِي الهَوَاءِ قَبْل أَنْ يَصْطَادَهُ وَهُوَ لا يَجُوزُ لعَدَمِ الملكِ. وَالثَّاني بَيْعُهُ بَعْدَ أَنْ أَخَذَهُ وَأَرْسَلَهُ مِنْ يَدِه وَهُوَ أَيْضًا لا يَجُوزُ لأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْليمِ. وَالثَّالثُ بَيْعُ طَيْرٍ يَذْهَبُ وَيَجِيءُ كَالحَمَامِ وَهُوَ أَيْضًا لا يَجُوزُ فِي الظَّاهِرِ. وَذُكِرَ فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانْ وَإِنْ بَاعَ طَيْرًا لَهُ يَطِيرُ فِي الهَوَاءِ إنْ كَانَ دَاجِنًا يَعُودُ إلى بَيْتِه وَيَقْدِرُ عَلى أَخْذِه مِنْ غَيْرِ تَكَلُّفٍ جَازَ بَيْعُهُ وَإِلا فَلا

قَال (وَلا بَيعُ الحَمل وَلا النِّتَاجِ) «لنَهيِ النَّبِيِّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَن بَيعِ الحَبَل وَحَبَل الحبَلَةِ»[1] **وَلأنَّ فِيهِ غررًا.**

الشرح:

(وَلا) يَجُوزُ (**بَيْعُ الحَمْل**) أَيْ الجَنِينِ (وَلا نَتَاجِ الحَمْل) وَهُوَ حَبَلُ الحَبَل، وَقَدْ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الحَبَل وَحَبَل الحَبَل». وَالنِّتَاجُ فِي الأَصْل مَصْدَرُ نَتجَتْ النَّاقَةُ بِالضَّمِّ وَلكِنْ أُرِيدَ به المَنْتُوجُ هَاهُنَا.

وَالحَبَلُ مَصْدَرُ حَبلتْ المَرْأَةُ حَبَلا فَهِيَ حُبْلى فَسُمِّيَ بِهِ المَحْمُولُ كَمَا سُمِّيَ بِالحَمْل، وَإِنَّمَا دَخَلتْ عَلَيْهِ التَّاءُ إشْعَارًا لمَعْنَى الأُنُوثَة فِيه. قِيل مَعْنَاهُ: أَنْ يَبِيعَ مَا سَوْفَ يَحْمِلُهُ الجَنِينُ إنْ كَانَ أُنْثَى، وَكَانُوا فِي الجَاهِليَّة يَعْتَادُونَ ذَلكَ فَأَبْطَلَهُ رَسُولُ الله ﷺ وَلأَنَّ فِيه غَرَرًا وَهُوَ مَا طُوِيَ عَنْك علمُهُ. قَال المُغْرِبُ فِي الحَدِيث: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ»: وَهُوَ الخَطَرُ الذِي لا يَدْرِي أَيَكُونُ أَمْ لا كَبَيْعِ السَّمَكِ فِي المَاءِ وَالطَّيْرِ فِي الهَوَاءِ.

(وَلا اللبَنُ فِي الضَّرعِ للغَرَرِ) فَعَسَاهُ انتِفَاخٌ، وَلأَنَّهُ يُنَازَعُ فِي كَيفِيَّةِ الحَلبِ، وَرُبَّمَا يَزدَادُ فَيَختَلطُ المَبِيعُ بِغَيرِه.

---

(١) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١٠٤) وعزاه للطبراني في الكبير والبزار.

الشرح:

قَال (وَلا اللبَنُ فِي الضَّرْعِ للغَرَرِ إلخْ) **وَبَيْعُ اللبَنِ فِي الضَّرْعِ** لا يَجُوزُ لوُجُوهٍ ثَلاثَةٍ للغَرَرِ: لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الضَّرْعُ مُنْتَفِخًا يُظَنُّ لبَنًا وَالغَرَرُ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَللنِّزَاعِ فِي كَيْفِيَّةِ الحَلبِ فَإِنَّ المُشْتَرِيَ يَسْتَقْصِي فِي الحَلبِ وَالبَائِعُ يُطَالبُهُ بِأَنْ يَتْرُكَ دَاعِيَةَ اللبَنِ وَلأَنَّهُ يَزْدَادُ سَاعَةً فَسَاعَةً وَالبَيْعُ لمْ يَتَنَاوَل الزِّيَادَةَ لعَدَمِهَا عِنْدَهُ فَيَخْتَلطُ المَبِيعُ بِغَيْرِهِ، وَاخْتِلاطُ المَبِيعِ بِمَا ليْسَ بِمَبِيعٍ مِنْ مِلكِ البَائِعِ عَلى وَجْهٍ يَتَعَذَّرُ تَمْيِيزُهُ مُبْطِلٌ للبَيْعِ.

قَال (وَلا الصُّوفُ عَلى ظَهرِ الغنَمِ) لأنَّهُ مِن أَوصَافِ الحيَوَانِ، وَلأنَّهُ يَنبُتُ من أَسفَل فَيَختَلطُ المَبِيعُ بِغَيرِهِ، بِخِلافِ القَوَائِمِ؛ لأَنَّهَا تَزِيدُ مِن أَعلى، وَبِخِلافِ القَصِيل لأنَّهُ يُمكِنُ قَلعُهُ، وَالقَطعُ فِي الصُّوفِ مُتَعَيِّنٌ فَيَقَعُ التَّنَازُعُ فِي مَوضِعِ القَطعِ، وَقَد صَحَّ «أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن بَيعِ الصُّوفِ عَلى ظَهرِ الغَنَمِ، وَعَن لبَنٍ فِي ضَرعٍ، وَعَن سَمنٍ فِي لبَنٍ»(١) وَهُوَ حُجَّةٌ عَلى أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي هَذَا الصُّوفِ حَيثُ جَوَّزَ بَيعَهُ فِيمَا يُروَى عَنهُ.

الشرح:

وَبَيْعُ الصُّوفِ عَلى ظَهْرِ الغَنَمِ لا يَجُوزُ لوَجْهَيْنِ لأَنَّهُ مِنْ بَابِ أَوْصَافِ الحَيَوَانِ لأَنَّ مَا هُوَ مُتَّصِلٌ بِالحَيَوَانِ فَهُوَ وَصْفٌ مَحْضٌ، بِخلافِ مَا يَكُونُ مُتَّصِلا بِالشَّجَرِ فَإِنَّهُ عَيْنُ مَالٍ مَقْصُودٍ مِنْ وَجْهٍ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ، وَلأَنَّهُ يَنْبُتُ مِنْ أَسْفَل فَيَخْتَلطُ المَبِيعُ بِغَيْرِهِ وَهُوَ مُبْطِلٌ كَمَا مَرَّ.

فَإِنْ قِيل: القَوَائِمُ مُتَّصِلةٌ بِالشَّجَرِ وَجَازَ بَيْعُهَا.

أَجَابَ بِأَنَّهَا تَزِيدُ مِنْ أَعْلاهَا فَلا يَلزَمُ الاخْتِلاطُ، حَتَّى لوْ رَبَطْت خَيْطًا فِي أَعْلاهَا وَتُرِكَتْ أَيَّامًا يَبْقَى الخَيْطُ أَسْفَل مِمَّا فِي رَأْسِهَا الآنَ، وَالأَعْلى مِلكُ المُشْتَرِي، وَمَا وَقَعَ مِنْ الزِّيَادَةِ وَقَعَ فِي مِلكِهِ. أَمَّا الصُّوفُ فَإِنَّ نُمُوَّهُ مِنْ أَسْفَلهِ، فَإِنْ خَضَّبَ الصُّوفَ عَلى ظَهْرِ الشَّاةِ ثُمَّ تُرِكَ حَتَّى نَمَا فَالمَخْضُوبُ يَبْقَى عَلى رَأْسِهِ لا فِي أَصْلهِ. فَإِنْ قِيل: القَصِيلُ كَالصُّوفِ وَجَازَ بَيْعُهُ. أَجَابَ بِأَنَّ القَصِيل وَإِنْ أَمْكَنَ وُقُوعُ التَّنَازُعِ

---

(١) أخرجه الدارقطني (١٤/٣) رقم (٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٨٥٧).

فِيهِ مِنْ حَيْثُ القَطْعُ لا يُمْكِنُ وُقُوعُهُ مِنْ حَيْثُ القَطْعُ فَيُقْلَعُ، وَأَمَّا القَطْعُ فِي الصُّوفِ فَمُتَعَيَّنٌ إِذْ لَمْ يُعْهَدْ فِيهِ القَلعُ: أَيْ النَّتْفُ فَبَعْدَ ذَلِكَ يَقَعُ التَّنَازُعُ فِي مَوْضِعِ القَطْعِ، وَقَدْ صَحَّ " أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الغَنَمِ وَعَنْ لَبَنٍ فِي ضَرْعٍ وَعَنْ سَمْنٍ فِي لَبَنٍ» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى أَبِي يُوسُفَ فِيمَا يُرْوَى عَنْهُ مِنْ جَوَازِ بَيْعِ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الغَنَمِ.

قَالَ (وَجِذعٍ فِي سَقفٍ وَذِرَاعٍ مِن ثَوبٍ ذَكَرَا القَطعَ أَو لم يَذكُرَاهُ) لأَنَّهُ لا يُمكِنُ التَّسليمُ إلا بِضَرَرٍ، بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مِن نُقرَةِ فِضَّةٍ لأَنَّهُ لا ضَرَرَ فِي تَبعِيضِهِ، وَلو لم يَكُن مُعَيَّنًا لا يَجُوزُ لِمَا ذَكَرنَا وَلِلجَهَالَةِ أَيضًا، وَلو قَطَعَ البَائِعُ الذِّرَاعَ أَو قَلَعَ الجِذعَ قَبلَ أَن يَفسَخَ المُشتَرِي يَعُودُ صَحِيحًا لِزَوَالِ المُفسِدِ، بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ النَّوَى فِي التَّمرِ أَو البَذرَ فِي البِطِّيخِ حَيثُ لا يَكُونُ صَحِيحًا. وَإِن شَقَّهُمَا وَأَخرَجَ المَبِيعَ لأَنَّ فِي وُجُودِهِمَا احتِمَالا، أَمَّا الجِذعُ فَعَينٌ مَوجُودٌ.

الشرح:

قَالَ (وَجِذْعٍ فِي سَقْفٍ) إِذَا بَاعَ **جِذْعًا فِي سَقْفٍ أَوْ ذِرَاعًا مِنْ ثَوْبٍ**: يَعْنِي ثَوْبًا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ كَالقَمِيصِ لا الكِرْبَاسِ فَالبَيْعُ لا يَجُوزُ ذَكَرَ القَطْعَ أَوْ لا، لأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ التَّسْلِيمُ إلا بِضَرَرٍ لَمْ يُوجِبْهُ العَقْدُ، وَمِثْلُهُ لا يَكُونُ لازِمًا فَيَتَمَكَّنُ مِنْ الرُّجُوعِ وَتَتَحَقَّقُ المُنَازَعَةُ، بِخِلافِ مَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّبْعِيضِ مَضَرَّةٌ كَبَيْعِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ مِنْ نُقْرَةِ فِضَّةٍ وَذِرَاعٍ مِنْ كِرْبَاسٍ فَإِنَّ بَيْعَهُ جَائِزٌ لانْتِفَاءِ العِلةِ (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ الجِذْعُ مُعَيَّنًا لا يَجُوزُ لِلُزُومِ الضَّرَرِ وَلِلجَهَالَةِ أَيْضًا.

وَلَوْ قَطَعَ البَائِعُ الذِّرَاعَ أَوْ قَلعَ الجِذْعَ قَبْل أَنْ يَفْسَخَ المُشْتَرِي عَادَ البَيْعُ صَحِيحًا لِزَوَالِ المُفْسِدِ) وَهُوَ الضَّرَرُ (وَلَوْ بَاعَ **النَّوَى فِي التَّمْرِ أَوْ البِزْرِ فِي البِطِّيخِ** لَمْ يَصِحَّ وَإِنْ شَقَّهُمَا وَأَخْرَجَ المَبِيعَ لأَنَّ فِي وُجُودِهِمَا احْتِمَالا) أَيْ هُوَ شَيْءٌ مُغَيَّبٌ وَهُوَ فِي غِلافِهِ فَلا يَجُوزُ بَيْعُهُ. فَإِنْ قِيل: بَيْعُ الحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا وَأَمْثَالِهَا بَيْعُ مَا فِي وُجُودِهِ احْتِمَالٌ فَإِنَّهُ شَيْءٌ مُغَيَّبٌ فِي غِلافِهِ وَهُوَ جَائِزٌ.

أُجِيبَ بِأَنَّ جَوَازَهُ بِاعْتِبَارِ صِحَّةِ انْطِلاقِ اسْمِ المَبِيعِ عَلَيْهِ وَعَلَى مَا يَتَّصِلُ بِهِ، فَإِنَّ الحِنْطَةَ إِذَا بِيعَتْ فِي سُنْبُلِهَا إِنَّمَا يُقَالُ بِعْت هَذِهِ الحِنْطَةَ فَالمَذْكُورُ صَرِيحًا هُوَ المَعْقُودُ

عَلَيْه فَصَحَّ العَقْدُ إعْمَالا لتَصْحيحِ لفْظِه، وَأَمَّا بزْرُ البطِّيخِ وَنَوَى التَّمْرِ وَحَبُّ القُطْنِ فَاسْمُ المَبيعِ وَهُوَ البزْرُ وَالنَّوَى وَالحَبُّ لا يَنْطَلقُ عَلَيْه، إذْ لا يُقَالُ هَذَا بزْرٌ وَنَوًى وَحَبٌّ بَل يُقَالُ هَذَا بِطِّيخٌ وَتَمْرٌ وَقُطْنٌ، فَلَمْ يَكُنْ المَبيعُ مَذْكُورًا، وَمَا هُوَ المَذْكُورُ فَلَيْسَ بِمَبيعٍ، وَهَذَا عَلَى قَوْل مَنْ يَرَى تَخْصيصَ العلة وَاضحٌ وَطَريقُ مَنْ لا يَرَى ذَلكَ عُرِفَ فِي أُصُول الفقْه.

وَقَوْلُهُ (أَمَّا الجِذْعُ فَعَيْنٌ مَوْجُودَةٌ) إشَارَةٌ إلى إتْمَامِ الفَرْقِ بَيْنَ البزْرِ وَالنَّوَى وَالجِذْعِ المُعَيَّنُ فِي السَّقْف بأَنَّ الجِذْعَ مُعَيَّنٌ مَوْجُودٌ إذْ الفَرْضُ فِيه وَالبزْرُ وَالنَّوَى لَيْس كَذَلكَ. فَإِنْ قيل: إذَا بَاعَ **جلدَ الشَّاة المَعيبَة قَبْل الذَّبح** لا يَجُوزُ، وَلوْ ذَبَحَ الشَّاةَ وَسَلَخَ جِلدَهَا وَسَلمَهُ لا يَنْقَلبُ البَيْعُ جَائزًا وَإِنْ كَانَ الجلدُ عَيْنًا مَوْجُودًا كَالجِذْعِ فِي السَّقْف، وَكَذَا بَيْعُ كَرِشهَا وَأَكَارِعهَا.

أُجيبَ بأَنَّ المَبيعَ وَإِنْ كَانَ مَوْجُودًا فيه لكنَّهُ مُتَّصلٌ بغَيْرِه اتِّصَال خلقة فَكَانَ تَابعًا لهُ، فَكَانَ العَجْزُ عَنْ التَّسْليم هُنَاكَ مَعْنًى أَصْليًّا لا أَنَّهُ أُعْتُبرَ عَاجزًا حُكْمًا لمَا فيه منْ إفْسَاد شَيْءٍ غَيْر مُسْتَحَقٍّ بالعَقْد، وَأَمَّا الجِذْعُ فَإِنَّهُ عَيْنُ مَالٍ فِي نَفْسه، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الاتِّصَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْره بعَارضِ فعْل العبَاد، وَالعَجْزُ عَنْ التَّسْليم حُكْميٌّ لمَا فيه منْ إفْسَاد بنَاء غَيْر مُسْتَحَقٍّ بالعَقْد، فَإِذَا قُلعَ وَالتزَمَ الضَّرَرُ زَال المَانعُ فَيَجُوزُ، وَحينَئذٍ يَجبُ تَخْصيصُ العلة وَطَريقِ مَنْ لا يَرَى به كَمَا تَقَدَّمَ.

قال (وَضربَةِ القَانِصِ) وَهُوَ مَا يَخرجُ مِن الصَّيدِ بِضَربِ الشَّبَكَةِ مَرَّةً لأَنَّهُ مَجهُولٌ وَلأَنَّ فِيهِ غَرَرًا.

الشرح:

قَال (وَضَرْبَةُ القَانص) القَانصُ الصَّائدُ، يُقَالُ قَنصَ إذَا صَادَ. وَضَرْبَةُ القَانصِ **مَا يَخْرُجُ منْ الصَّيْد بضَرْب الشَّبَكَة.** يُقَالُ ضَرَبَ الشَّبَكَةَ عَلى الطَّائرِ أَلقَاهَا، وَمنْهُ نَهَى عَنْ ضَرْبِه. وَفي تَهْذيبِ الأَزْهَريِّ عَنْ ضَرْبَة الغَائص وَهُوَ الغَوَّاصُ عَلى اللآلئ وَهُوَ أَنْ يَقُول للتَّاجرِ أَغُوصُ لك غَوْصَةً فَمَا أَخْرَجْت فَهُوَ لك بكَذَا، وَالمَعْنَى فيهِمَا وَاحدٌ وَهُوَ أَنَّهُ مَجْهُولٌ وَأَنَّ فِيه غَرَرًا لأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ لا يَدْخُل فِي الشَّبَكَةِ شَيْءٌ منْ الصَّيْد وَأَنْ لا يُخْرِجَ منْ الغَوْصَة شَيْئًا.

قال (وبَيعِ المُزَابَنَةِ، وَهُوَ بَيعُ الثَّمرِ على النَّخِيل بِتَمرٍ مَجذُوذٍ مِثل كَيلِهِ خَرصًا) «لأنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن المُزَابَنَةِ وَالمُحَاقَلَةِ» فَالمُزَابَنَةُ مَا ذَكَرنَا، وَالمُحَاقَلَةُ بَيعُ الحِنطَةِ فِي سُنبُلِهَا بِحِنطَةٍ مِثل كَيلِهَا خَرصًا؛ وَلأنَّهُ بَاعَ مَكِيلا بِمَكِيلٍ مِن جِنسِهِ فَلا تَجُوزُ بِطَرِيقِ الخَرصِ كَمَا إذَا كَانَا مَوضُوعَينِ عَلى الأرضِ، وَكَذَا العِنَبُ بِالزَّبِيبِ عَلى هَذَا.

وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمسَةِ أَوسُقٍ «لأنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن المُزَابَنَةِ وَرَخَّصَ فِي العَرَايَا وَهُوَ أَن يُبَاعَ بِخَرصِهَا تَمرًا فِيمَا دُونَ خَمسَةِ أَوسُقٍ». قُلنَا: العَرِيَّةُ: العَطِيَّةُ لُغَةً، وَتَأوِيلُهُ أَن يَبِيعَ المُعرَى لهُ مَا عَلى النَّخِيل مِن المُعرِي بِتَمرٍ مَجذُوذٍ، وَهُوَ بَيعٌ مَجَازًا لأنَّهُ لم يَملكهُ فَيَكُونُ بِرًّا مُبتَدأً.

الشرح:

قَال (وَبَيْعُ المُزَابَنَة) الرَّفْعُ فِيه وَالجَرُّ وَالرَّفْعُ فِيمَا تَقَدَّمَ جَائِزٌ، وَالمُزَابَنَةُ وَهُوَ بَيْعُ الثَّمَرِ بِالثَّاءِ المُثَلثَة عَلى النَّخْل بتَمْرٍ بالتَّاءِ المُثَنَّاة مَجْذُوذَة مثْلُ كَيْل مَا عَلى النَّخْل منْ التَّمرِ حَرْزًا وَظَنًّا لا حَقِيقيًّا، لأنَّهُ لوْ كَانَ مثْلُهُ كَيْلا حَقِيقيًّا لمْ يَبْقَ مَا عَلى الرَّأْسِ تَمرًا بَل تَمْرًا مَجْذُوذًا كَالذي يُقَابلُهُ منْ المَجْذُوذ لا يَجُوزُ " لأنَّ النَّبيَّ ﷺ «نَهى عَنْ بَيْعِ المُزَابَنَة وَالمُحَاقَلة» وَالمُحَاقَلةُ بَيْعُ الحِنْطَة فِي سُنْبُلهَا بحنْطَة مثْل كَيْلهَا خَرْصًا، وَلأنَّهُ بَاعَ مَكِيلا بِمَكِيلٍ مِنْ جنْسه فَلا يَجُوزُ خَرْصًا لأنَّ فِيه شُبْهَةَ الرِّبَا المُلحقَةَ بالحَقِيقَة فِي التَّحْرِيمِ، كَمَا لوْ كَانَا مَوْضُوعَيْنِ عَلى الأَرْضِ وَبَاعَ أَحَدُهُمَا بالآخَرِ خَرْصًا، وَبَيْعُ العنَبِ بالزَّبيب عَلى هَذَا. وَقَال الشَّافعيُّ: يَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَة أَوْسُقٍ وَلا يَجُوزُ فِيمَا زَادَ عَلى خَمْسَة أَوْسُقٍ، وَلهُ فِي مقْدَارِ خَمْسَة أَوْسُقٍ قَوْلان اسْتَدَل بأَنَّ النَّبيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ المُزَابَنَة وَرَخَّصَ فِي العَرَايَا، وَفَسَّرَهَا بأَنْ يُبَاعَ التَّمرُ الذي عَلى رَأْسِ النَّخْل بخَرْصهَا تَمْرًا فِيمَا دُونَ خَمْسَة أَوْسُقٍ، وَأَنَّثَ الضَّميرَ فِي قَوْله بخَرْصهَا عَلى أَنَّهُ جَمْعُ التَّمْرَة. قُلنَا بالقَوْل بالمُوجب وَهُوَ أَنْ يَقُول: سَلمْنَا أَنَّ رَسُول الله ﷺ رَخَّصَ فِي العَرَايَا فَإنَّ فِي الأَحَاديث الدَّالة عَلى ذَلكَ كَثْرَةً لا يُمْكنُ مَنْعُهَا، لكنْ ليْسَ حَقيقَةُ مَعْنَاهَا مَا ذَكَرْتُمْ بَل مَعْنَاهَا العَطيَّةُ لُغَةً.

وَتَأْويلُهَا أَنْ يَهَبَ الرَّجُلُ ثَمَرَةَ نَخْلة منْ بُسْتَانه لرَجُلٍ ثُمَّ يَشُقُّ عَلى المُعْري

دُخُولُ الْمُعْرَى لَهُ فِي بُسْتَانِهِ كُل يَوْمٍ لِكَوْنِ أَهْلِهِ فِي الْبُسْتَانِ وَلا يَرْضَى مِنْ نَفْسِهِ خُلْفَ الوَعْدِ وَالرُّجُوعَ فِي الهِبَةِ فَيُعْطِيهِ مَكَانَ ذَلِكَ تَمْرًا مَجْذُوذًا بِالخَرْصِ لِيَدْفَعَ ضَرَرَهُ عَنْ نَفْسِهِ وَلا يَكُونُ مُخْلِفًا لِوَعْدِهِ، وَبِهِ نَقُولُ لأَنَّ المَوْهُوبَ لَمْ يَصِرْ مِلكًا لِلمَوْهُوبِ لَهُ مَا دَامَ مُتَّصِلا بِمِلكِ الوَاهِبِ، فَمَا يُعْطِيهِ مِنْ التَّمْرِ لا يَكُونُ عِوَضًا بَل هِبَةً مُبْتَدَأَةً، وَيُسَمَّى بَيْعًا مَجَازًا لأَنَّهُ فِي الصُّورَةِ عِوَضٌ يُعْطِيهِ لِلتَّحَرُّزِ عَنْ خُلفِ الوَعْدِ، وَاتَّفَقَ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ فَظَنَّ الرَّاوِي أَنَّ الرُّخْصَةَ مَقْصُورَةٌ عَلى هَذَا فَنُقِل كَمَا وَقَعَ عِنْدَهُ. وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: الأَوَّلُ أَنَّهُ جَاءَ فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ﷺ «أَنَّ رَسُول اللهِ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ التَّمَرِ بِالتَّمْرِ وَرَخَّصَ فِي العَرَايَا» فَسِيَاقُهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ المُرَادَ بِالعَرَايَا بَيْعُ تَمرٍ بِتَمْرٍ.

وَالثَّانِي أَنَّهُ جَاءَ فِي حَدِيثِ جَابِرٍ رضي الله عنه بِلفْظِ الاسْتِثْنَاءِ إلا العَرَايَا، وَالأَصْلُ حَمْلُ الاسْتِثْنَاءِ عَلى الحَقِيقَةِ، وَالاسْتِثْنَاءُ مِنْ البَيْعِ حَقِيقَةُ بَيْعٍ لِوُجُوبِ دُخُولِهِ فِي المُسْتَثْنَى مِنْهُ. وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّ القِرَانَ فِي النَّظْمِ لا يُوجِبُ القِرَانَ فِي الحُكْمِ. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّهُ عَلى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ يُنَافِي قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ المَشْهُورَ «**التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلا بِمِثْلٍ**» وَالمَشْهُورُ قَاضٍ عَلَيْهِ.

قَال (وَلا يَجُوزُ البَيعُ بِإلقَاءِ الحَجَرِ وَالمُلامَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ). وَهَذِهِ بُيُوعٌ كَانَت فِي الجَاهِلِيَّةِ، وَهُوَ أَن يَتَرَاوَضَ الرَّجُلانِ عَلى سِلعَةٍ: أَي يَتَسَاوَمَانِ، فَإِذَا لَمَسَهَا المُشتَرِي أَو نَبَذَهَا إليهِ البَائِعُ أَو وَضَعَ المُشتَرِي عَليهَا حَصَاةً لزِمَ البَيعُ؛ فَالأَوَّلُ بَيعُ المُلامَسَةِ وَالثَّانِي المُنَابَذَةُ، وَالثَّالثُ إلقَاءُ الحَجَرِ، «وَقَد نَهَى عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَن بَيعِ المُلامَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ»[1] وَلأَنَّ فِيهِ تَعلِيقًا بِالخَطَرِ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ البَيْعُ بِإلقَاءِ الحَجَرِ) سَامَ البَائِعُ السِّلعَةَ: أَيْ عَرَضَهَا وَذَكَرَ ثَمَنَهَا، وَسَامَهَا المُشْتَرِي بِمَعْنَى اسْتَامَهَا. بَيْعُ المُلامَسَةِ هُوَ أَنْ يَتَسَاوَمَ الرَّجُلانِ فِي السِّلعَةِ فَيَلمِسُهَا المُشْتَرِي بِيَدِهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ ابْتِيَاعًا لَهَا رَضِيَ مَالِكُهَا بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَرْضَ. وَبَيْعُ

---

(١) البخاري (٥٨٢٠)، ومسلم في البيوع (حديث ٣).

الْمُنَابَذَة هُوَ أَنْ يَتَرَاوَضَ الرَّجُلانِ عَلَى السِّلْعَةِ فَيَحِبُّ مَالِكُهَا إِلزَامَ الْمُسَاوِمِ لَهُ عَلَيْهَا إِيَّاهَا فَيَنْبِذُهَا إِلَيْهِ فَيَلْزَمُهُ بِذَلِكَ وَلا يَكُونُ لَهُ رَدُّهَا عَلَيْهِ.

وَبَيْعُ إِلْقَاءِ الْحَجَرِ هُوَ أَنْ يَتَسَاوَمَ الرَّجُلانِ عَلَى السِّلْعَةِ فَإِذَا وَضَعَ الطَّالِبُ لِشِرَائِهَا حَصَاةً عَلَيْهَا تَمَّ الْبَيْعُ فِيهَا عَلَى صَاحِبِهَا وَلَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِهَا ارْتِجَاعٌ فِيهَا. وَهَذِهِ كَانَتْ بُيُوعًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَنَهَى عَنْهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ. وَعِبَارَةُ الْكِتَابِ تُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْمَنْهِيَّ عَنْهُ **بَيْعُ الْمُلامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ وَبَيْعُ إِلْقَاءِ الْحَجَرِ** مُلْحَقٌ بِهِمَا لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُمَا، وَلِأَنَّ فِيهِ تَعْلِيقًا بِالْخَطَرِ وَالتَّمْلِيكَاتُ لا تَحْتَمِلُهُ لِأَدَائِهِ إِلَى مَعْنَى الْقِمَارِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي: أَيُّ ثَوْبٍ أَلْقَيْت عَلَيْهِ الْحَجَرَ فَقَدْ بِعْته، وَأَيُّ ثَوْبٍ لَمَسْته بِيَدِك فَقَدْ بِعْته، وَأَيُّ ثَوْبٍ نَبَذْته إِلَيَّ فَقَدْ اشْتَرَيْته.

قَالَ (وَلا يَجُوزُ بَيعُ ثَوبٍ مِن ثَوبَينِ) لِجَهَالَةِ المَبِيعِ؛ وَلَو قَالَ: عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ فِي أَن يَأخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ جَازَ البَيعُ استِحسَانًا، وَقَد ذَكَرنَاهُ بِفُرُوعِهِ.

الشرح:

(وَلا يَجُوزُ بَيْعُ ثَوْبٍ مِنْ ثَوْبَيْنِ) لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ، إلا أَنْ يَقُولَ عَلَى أَنَّك بِالْخِيَارِ أَنْ تَأْخُذَ أَيَّهمَا شِئْت فَإِنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلامُ فِيهِ.

قَالَ (وَلا يَجُوزُ بَيعُ المَرَاعِي وَلا إِجَارَتُهَا) المُرَادُ الكَلأُ، أَمَّا البَيعُ فَلِأَنَّهُ وَرَدَ عَلَى مَا لا يَملِكُهُ لاشتِرَاكِ النَّاسِ فِيهِ بِالحَدِيثِ، وَأَمَّا الإِجَارَةُ فَلِأَنَّهَا عُقِدَت عَلَى استِهلاكِ عَينٍ مُبَاحٍ، وَلَو عَقَدَ عَلَى استِهلاكِ عَينٍ مَملُوكٍ بِأَن استَأجَرَ بَقَرَةً لِيَشرَبَ لَبَنَهَا لا يَجُوزُ فَهَذَا أَولَى.

الشرح:

قَالَ (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَرَاعِي وَلا إِجَارَتُهَا) وَالْمُرَادُ بِهِ الْكَلأُ وَهُوَ مَا لَيْسَ لَهُ سَاقٌ مِنْ الْحَشِيشِ، كَذَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَقِيلَ مَا لَيْسَ لَهُ سَاقٌ وَمَا لَهُ سَاقٌ فَهُوَ كَلأٌ، وَإِنَّمَا فَسَّرَ الْمَرَاعِيَ بِذَلِكَ لِأَنَّ لَفْظَ الْمَرْعَى يَقَعُ عَلَى مَوْضِعِ الرَّعْيِ وَهُوَ الْأَرْضُ وَعَلَى الْكَلأِ وَعَلَى مَصْدَرِ رَعَى، وَلَوْ لَمْ يُفَسَّرْ بِذَلِكَ لَتُوُهِّمَ أَنَّ بَيْعَ الْأَرْضِ وَإِجَارَتَهَا لا يَجُوزُ، وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ لِأَنَّ بَيْعَ الْأَرَاضِي وَإِجَارَتَهَا صَحِيحٌ سَوَاءٌ كَانَ فِيهَا الْكَلأُ أَوْ لَمْ يَكُنْ، أَمَّا عَدَمُ جَوَازِ بَيْعِ الْكَلأِ غَيْرِ الْمُحْرَزِ فَلِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِاشْتِرَاكِ النَّاسِ فِيهِ بِالْحَدِيثِ،

وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاثٍ: المَاءِ، وَالكَلأِ، وَالنَّارِ» وَمَا هُوَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ. وَمَعْنَى شَرِكَتِهِمْ فِيهَا أَنَّ لَهُمْ الانْتِفَاعَ بِضَوْئِهَا وَالاصْطِلاءَ بِهَا وَالشُّرْبَ وَسَقْيَ الدَّوَابِّ وَالاسْتِقَاءَ مِنْ الآبَارِ وَالحِيَاضِ المَمْلُوكَةِ وَالأَنْهَارِ المَمْلُوكَةِ مِنْ الأَرَاضِي المَمْلُوكَةِ وَالاحْتِشَاشَ مِنْ الأَرَاضِي المَمْلُوكَةِ، وَلكِنْ لهُ أَنْ يَمْنَعَ مِنْ الدُّخُولِ فِي أَرْضِه، فَإِنْ مَنَعَ كَانَ لغَيْرِه أَنْ يَقُول لهُ إنَّ لِي فِي أَرْضِك حَقًّا، فَإِمَّا أَنْ تُوَصِّلَنِي إلى حَقِّي أَوْ تَحْتَشَّهُ فَتَدْفَعَهُ إلَيَّ أَوْ تَدَعَنِي آخُذُهُ، كَثَوْبٍ لرَجُلٍ وَقَعَ فِي دَارِ إنْسَانٍ هَذَا إذَا نَبَتَ ظَاهِرًا، وَأَمَّا إذَا أَنْبَتَهُ صَاحِبُ الأَرْضِ بِالسَّقْيِ فَفِيه اخْتِلافُ الرِّوَايَة.

وَذُكِرَ فِي المُحِيطِ وَالذَّخِيرَةِ وَالنَّوَازِلِ أَنَّ صَاحِبَهَا يَمْلكُهُ وَلَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَهُ بِغَيْرِ إذْنِه فَجَازَ بَيْعُهُ. وَذَكَرَ القُدُورِيُّ أَنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ لأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الكَلإِ ثَابِتَةٌ بِالنَّصِّ، وَإِنَّمَا تَنْقَطِعُ بِالحِيَازَةِ وَسَوْقُ المَاءِ إلى أَرْضِه لَيْسَ بِحِيَازَةٍ للكَلأ فَبَقِيَ عَلى الشَّرِكَةِ فَلا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَأَمَّا عَدَمُ جَوَازِ الإجَارَةِ فَلمَعْنَيَيْنِ: أَحَدُهُمَا وُقُوعُ الإجَارَةِ فِي عَيْنٍ غَيْرِ مَمْلُوكَةٍ.

وَالثَّانِي انْعِقَادُهَا عَلى اسْتِهْلاكِ عَيْنٍ مُبَاحٍ وَانْعِقَادُهَا عَلى اسْتِهْلاكِ عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ بَقَرَةً لِيَشْرَبَ لبَنَهَا لا يَصِحُّ، فَعَلى اسْتِهْلاكِ عَيْنٍ مُبَاحٍ أَوْلى، وَذَلكَ لأَنَّ المُسْتَحَقَّ بِعَقْدِ الإجَارَةِ عَلى الآجِرِ المَنَافِعُ لا الأَعْيَانُ إلا إذَا كَانَتْ الأَعْيَانُ آلةً لإِقَامَةِ العَمَلِ المُسْتَحَقِّ بِالإجَارَةِ كَالصَّبْغِ فِي اسْتِئْجَارِ الصَّبَّاغِ وَاللبَنِ فِي اسْتِئْجَارِ الظِّئْرِ لكَوْنِه آلةً للحَضَانَةِ وَالظُّئُورَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّ إجَارَةَ الكَلأ وَقَعَتْ فَاسِدَةً أَوْ بَاطِلةً، وَذُكِرَ فِي الشُّرْبِ أَنَّهَا فَاسِدَةٌ حَتَّى يَمْلكَ الآجِرُ الأُجْرَةَ بِالقَبْضِ وَيَنْفُذَ عِتْقُهُ فِيهَا.

قَال (وَلا يَجُوزُ **بَيْعُ النَّحْلِ**) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ إذَا كَانَ مُحْرَزًا، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُنْتَفَعٌ بِه حَقِيقَةً وَشَرْعًا فَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَإِنْ كَانَ لا يُؤْكَلُ كَالبَغْلِ وَالحِمَارِ.

وَلهُمَا أَنَّهُمَا مِن الهَوَامِّ فَلا يَجُوزُ بَيعُهُ كَالزَّنَابِيرِ وَالانتِفَاعُ بِمَا يَخرجُ مِنهُ لا بِعَينِهِ فَلا يَكُونُ مُنتَفعًا بِهِ قَبل الخُرُوجِ، حَتَّى لو بَاعَ كُوَّارَةً فِيهَا عَسَلٌ بِمَا فِيهَا مِن النَّحل يَجُوزُ تَبعًا له، كَذَا ذَكَرَهُ الكَرخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ **بَيْعُ النَّحْل**) قَال أَبو حَنِيفَةَ وَأَبو يُوسُفَ: لا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْل. وَقَال مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مُحَرَّزًا: أَيْ مَجْمُوعًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُنْتَفَعٌ بِه حَقِيقَةً بِاسْتِيفَاءِ مَا يَحْدُثُ مِنْهُ، وَشَرْعًا لِعَدَمِ مَا يَمْنَعُ عَنْهُ شَرْعًا، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَكَوْنُهُ غَيْرَ مَأْكُول اللحْمِ لا يُنَافِيه كَالبَغْل وَالحِمَار. وَلَهُمَا أَنَّهُ مِنْ الهَوَامِّ وَهِيَ المَخُوفَةُ مِنْ الأَحْنَاشِ لا يَجُوزُ بَيْعُهَا. قَال فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: أَرَأَيْت إِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا بِكَمْ يَرُدُّهَا، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلى أَنَّ النَّحْل لا قِيمَةَ لَهَا وَلا رَغْبَةَ فِي عَيْنِهَا (قَوْلُهُ وَالانْتِفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهُ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِه حَيَوَانٌ مُنْتَفَعٌ بِه: يَعْنِي لا نُسَلمُ أَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِه بِعَيْنِه، بَل الانْتِفَاعُ بِمَا سَيَحْدُثُ مِنْهُ وَذَلِكَ مَعْدُومٌ فِي الحَال. قِيل قَوْلُهُ لا بِعَيْنِه احْتِرَازٌ عَنْ المُهْرِ وَالجَحْشِ فَإِنَّهُمَا وَإِنْ كَانَا لا يُنْتَفَعُ بِهِمَا فِي الحَال لكِنْ يُنْتَفَعُ بِهِمَا فِي المَآل بِأَعْيَانِهِمَا، وَفِيه بُعْدٌ لِخُرُوجِهِمَا بِقَوْله يَخْرُجُ مِنْهُ، وَإِذَا كَانَ الانْتِفَاعُ بِمَا يَخْرُجُ فَقَبْل خُرُوجِه لا يَكُونُ مُنْتَفَعًا بِه، حَتَّى لوْ كَانَ مِنْهُ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ بِأَنْ بَاعَ كِوَارَةً بِضَمِّ الكَافِ وَكَسْرِهَا وَهِيَ مَعْسَلُ النَّحْل إِذَا سُوِّيَ مِنْ طِينٍ فِيهَا عَسَلٌ بِمَا فِيهَا مِنْ النَّحْل يَجُوزُ تَبَعًا لهُ. كَذَا ذَكَرَ الكَرْخِيُّ فِي مُخْتَصَرِه.

وَقَال القُدُورِيُّ فِي شَرْحِه لِهَذَا المُخْتَصَرِ: وَأَمَّا إِذَا بَاعَ العَسَل مَعَ النَّحْل فَالعَقْدُ يَقَعُ عَلى العَسَل وَيَدْخُلُ النَّحْلُ عَلى طَرِيقِ التَّبَعِ وَإِنْ لمْ يَجُزْ إِفْرَادُهُ بِالبَيْعِ كَالشِّرْبِ وَالطَّرِيقِ. ثُمَّ قَال: وَقَدْ حُكِيَ عَنْ أَبِي الحَسَنِ الكَرْخِيِّ أَنَّهُ كَانَ يُنْكِرُ هَذِه الطَّرِيقَةَ وَيَقُولُ: إِنَّمَا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ عَلى طَرِيقِ التَّبَعِ مَا هُوَ مِنْ حُقُوقِ المَبِيعِ وَأَتْبَاعِه وَالنَّحْلُ لَيْسَ مِنْ حُقُوقِ العَسَل، إلا أَنَّهُ ذَكَرَ فِي جَامِعِه هَذَا التَّعْليل بِعَيْنِه عَنْ أَبِي يُوسُفَ.

(وَلا يَجُوزُ بَيعُ دُودِ القَزِّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) لأَنَّهُ مِن الهَوَامِّ، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يَجُوزُ إِذَا ظَهَرَ فِيهِ القَزُّ تَبَعًا لهُ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ يَجُوزُ كَيفَمَا كَانَ لِكَونِهِ مُنتَفَعًا بِهِ (وَلا يَجُوزُ بَيعُ بَيضَةِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَعِندَهُمَا يَجُوزُ) لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ. وَقِيل أَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ كَمَا فِي دُودِ القَزِّ وَالحَمَامِ إِذَا عَلِمَ عَدَدَهَا وَأَمكَنَ تَسلِيمُهَا جَازَ بَيعُهَا لأَنَّهُ مَالٌ مَقدُورُ التَّسلِيمِ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ **بَيْعُ دُودِ القَزِّ وَبَيْضِه**) وَهُوَ البزْرُ الذي يَكُونُ مِنْهُ الدُّودُ لا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّهُ مِنْ الهَوَامِّ وَبَيْضُهُ مِمَّا لا يُنْتَفَعُ بِه بِعَيْنِهِ بَل بِمَا سَيَحْدُثُ مِنْهُ وَهُوَ مَعْدُومٌ فِي الحَالِ.

وَجَازَ عِنْدَ مُحَمَّد لكَوْنه مُنْتَفعًا بِه وَلمَكَان الضَّرُورَةِ فِي بَيْعه، قيل وَعَلَيْه الفَتْوَى، وَأَجَازَ أَبُو يُوسُفَ بَيْعَ دُودِ القَزِّ إذَا ظَهَرَ فِيه القَزُّ تَبَعًا لَهُ كَبَيْعِ النَّحْلِ مَعَ العَسَلِ وَبَيْعِ بَيْضِه مُطْلَقًا لمَكَانِ الضَّرُورَة، وَنُقِل عَنْهُ أَنَّهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا فِي دُوده، وَهَذِه العِبَارَةُ تُشِيرُ إلى أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ إنَّمَا لَمْ يُجَوِّزْ بَيْعَهُ بِانْفِرَاده، فَأَمَّا إذَا كَانَ تَبَعًا فَيَجُوزُ، وَالحَمَامُ إذَا عُلِمَ عَدَدُهَا وَأَمْكَنَ تَسْلِيمُهَا جَازَ البَيْعُ لأَنَّهُ مَالٌ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ وَكَانَ مَوْضِعُ ذِكْرِه عِنْدَ قَوْلِه وَلا بَيْعُ الطَّيْرِ فِي الهَوَاءِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا هُنَا تَبَعًا لَمَا ذَكَرَهُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ لأَنَّهُ وَضَعَهُ ثَمَّةَ كَذَلِكَ.

(وَلا يَجُوزُ **بَيْعُ الآبِقِ**) لنَهْيِ النَّبِيِّ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَنْهُ وَلأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمه (إلا أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ رَجُلٍ زَعَمَ أَنَّهُ عِنْدَهُ) لأَنَّ المَنْهِيَّ عَنْهُ بَيْعُ آبِقٍ مُطْلَقٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ آبِقًا فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ وَهَذَا غَيْرُ آبِقٍ فِي حَقِّ المُشْتَرِي؛ وَلأَنَّهُ إذَا كَانَ عِنْدَ المُشْتَرِي انْتَفَى العَجْزُ عَنْ التَّسْلِيمِ وَهُوَ المَانِعُ، ثُمَّ لا يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ العَقْد إذَا كَانَ فِي يَده وَكَانَ أَشْهَدَ عِنْدَهُ أَخَذَهُ لأَنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ وَقَبْضُ الأَمَانَة لا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ البَيْعِ، وَلَوْ كَانَ لَمْ يُشْهِدْ يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا لأَنَّهُ قَبْضُ غَصْب، لوْ قَال هُوَ عِنْدَ فُلانٍ فَبِعْهُ مِنِّي فَبَاعَهُ لا يَجُوزُ لأَنَّهُ آبِقٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ وَلأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلى تَسْلِيمه.

وَلو بَاعَ الآبِقَ ثُمَّ عَادَ مِن الإِبَاقِ لا يَتِمُّ ذَلكَ العَقدُ؛ لأَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلا لانعِدَامِ المَحَليَّةِ كَبَيعِ الطَّيرِ فِي الهَوَاءِ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَتِمُّ العَقدُ إذَا لم يُفسَخ لأَنَّ العَقدَ انعَقَدَ لقِيَامِ المَاليَّةِ وَالمَانعَ قَد ارتَفَعَ وَهُوَ العَجزُ عَن التَّسليمِ، كَمَا إذَا أَبَقَ بَعدَ البَيعِ، وَهَكَذَا يُروَى عَن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ **بَيْعُ الآبِقِ**) بَيْعُ الآبقِ المُطْلَقِ لا يَجُوزُ لمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ بِقَوْلِهِ «بَلغَنَا عَنْ رَسُول اللهِ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ وَعَنْ بَيْعِ العَبْدِ الآبِقِ» وَلأَنَّهُ غَيْرُ

مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، وَالآبِقُ الذي لا يَكُونُ مُطْلَقًا وَهُوَ الذي لا يَكُونُ آبِقًا فِي حَقِّ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ جَازَ بَيْعُهُ كَمَنْ بَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ يَزْعُمُ أَنَّهُ عِنْدَهُ لأَنَّ الْمَنْهِيَّ عَنْهُ بَيْعُ الْمُطْلَقِ مِنْهُ، وَهَذَا غَيْرُ آبِقٍ فِي حَقِّ الْمُشْتَرِي فَيَنْتَفِي العَجْزُ عَنْ التَّسْلِيمِ المَانِعِ مِنْ الجَوَازِ ثُمَّ هَل يَصِيرُ قَابِضًا بِمُجَرَّدِ العَقْدِ أَوْ لا، إِنْ كَانَ قَبَضَهُ لِنَفْسِهِ يَصِيرُ قَابِضًا عَقِبَ الشِّرَاءِ بِالاتِّفَاقِ؛ وَإِنْ قَبَضَهُ لِلرَّدِّ، فَإِمَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ لا يَصِيرُ قَابِضًا لأَنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ، حَتَّى لوْ هَلَكَ قَبْلَ الوُصُولِ إلى المَوْلَى هَلَكَ مِنْ مَالِ المَوْلَى (وَقَبْضُ الأَمَانَةِ لا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ البَيْعِ) لأَنَّ قَبْضَ الضَّمَانِ أَقْوَى لِتَأَكُّدِهِ بِاللُّزُومِ وَالمِلْكِ، أَمَّا اللُّزُومُ فَلأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لوْ امْتَنَعَ عَنْ قَبْضِ المَبِيعِ أُجْبِرَ عَلَيْهِ وَبَعْدَ القَبْضِ لَيْسَ لِلبَائِعِ فَسْخُهُ، بِخِلافِ الأَمَانَةِ. وَأَمَّا المِلْكُ فَلأَنَّ الضَّمَانَ يُثْبِتُ المِلْكَ مِنْ الجَانِبَيْنِ عَلَى مَا هُوَ الأَصْلُ. بِخِلافِ قَبْضِ الهِبَةِ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا لأَنَّهُ قَبْضُ غَصْبٍ وَهُوَ قَبْضُ ضَمَانٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَذَكَرَ الإِمَامُ التُّمُرْتَاشِيُّ أَنَّهُ لا يَصِيرُ قَابِضًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ يَجِبُ أَنْ يَصِيرَ قَابِضًا كَأَنَّهُ إِشَارَةٌ إلى أَنَّهُ يَلزَمُ أَبَا يُوسُفَ القَوْلُ بِكَوْنِهِ قَابِضًا نَظَرًا إلى القَاعِدَةِ. وَلوْ قَالَ الْمُشْتَرِي هُوَ عِنْدَ فُلانٍ فَبِعْهُ مِنِّي فَبَاعَهُ لا يَجُوزُ لِكَوْنِهِ آبِقًا فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَغَيْرَ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ، إِذْ البَائِعُ لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِ مَا لَيْسَ فِي يَدِهِ، وَلوْ بَاعَ الآبِقَ ثُمَّ عَادَ مِنْ الإِبَاقِ هَل يَتِمُّ ذَلِكَ العَقْدُ أَوْ يَحْتَاجُ إلى عَقْدٍ جَدِيدٍ؟ فَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَبِهِ أَخَذَ مَشَايِخُ بَلخِي أَنَّ ذَلِكَ العَقْدَ لا يَتِمُّ وَيَحْتَاجُ إلى عَقْدٍ جَدِيدٍ لِوُقُوعِهِ بَاطِلا، فَإِنَّ جُزْءَ المَحَلِ القُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ وَقَدْ فَاتَ وَقْتُ العَقْدِ فَانْعَدَمَ المَحَلُّ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَ الطَّيْرَ فِي الهَوَاءِ ثُمَّ أَخَذَهُ وَسَلَمَهُ فِي المَجْلِسِ. وَعُورِضَ بِأَنَّ الإِعْتَاقَ يَجُوزُ. وَلوْ فَاتَ المَحَلُّ لَمَا جَازَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الإِعْتَاقَ إِبْطَالُ المِلكِ وَهُوَ يُلائِمُ التَّوَى بِالإِبَاقِ، بِخِلافِ البَيْعِ فِيهِ فَإِنَّهُ إِثْبَاتُهُ، وَالتَّوَى يُنَافِيهِ.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ العَقْدَ يَتِمُّ إِذَا لَمْ يُفْسَخْ، وَالبَائِعُ إِنْ امْتَنَعَ عَنْ تَسْلِيمِهِ وَالْمُشْتَرِي عَنْ قَبْضِهِ أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ لأَنَّ العَقْدَ قَدْ انْعَقَدَ لِقِيَامِ المَالِيَّةِ لأَنَّ مَالَ المَوْلَى لا يَزُولُ بِالإِبَاقِ وَلِهَذَا جَازَ إِعْتَاقُهُ وَتَدْبِيرُهُ، وَالمَانِعُ وَهُوَ العَجْزُ عَنْ التَّسْلِيمِ قَدْ ارْتَفَعَ فَتَحَقَّقَ الْمُقْتَضَى وَانْتَفَى المَانِعُ فَيَجُوزُ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَبَقَ العَبْدُ بَعْدَ البَيْعِ، وَهَكَذَا يُرْوَى

عَنْ مُحَمَّدٍ وَبِه أَخَذَ الكَرْخِيُّ وَجَمَاعَةٌ مِنْ مَشَايِخنَا. وَأَمَّا إِذَا رَفَعَهُ المُشْتَرِي إِلى القَاضِي وَطَلَبَ مِنْهُ التَّسْلِيمَ وَعَجَزَ البَائِعُ عَنْهُ وَفَسَخَ العَقْدَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ ظَهَرَ العَبْدُ فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلى بَيْعٍ جَدِيدٍ.

قَال (وَلا بَيعُ لبَنِ امرَأَةٍ فِي قَدَحٍ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يَجُوزُ بَيعُهُ لأَنَّهُ مَشرُوبٌ طَاهِرٌ، وَلنَا أَنَّهُ جُزءُ الآدَمِيِّ وَهُوَ بِجَمِيعِ أَجزَائِهِ مُكَرَّمٌ مَصُونٌ عَن الابتِذَال بِالبَيعِ، وَلا فَرقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَينَ لبَنِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيعُ لبَنِ الأَمَةِ لأَنَّهُ يَجُوزُ إِيرَادُ العَقدِ عَلى نَفسِهَا فَكَذَا عَلى جُزئِهَا. قُلنَا: الرِّقُّ قَد حَل نَفسَهَا، فَأَمَّا اللبَنُ فَلا رِقَّ فِيهِ لأَنَّهُ يَختَصُّ بِمَحِلٍّ يَتَحَقَّقُ فِيهِ القُوَّةُ التِي هِيَ ضِدُّهُ وَهُوَ الحَيُّ وَلا حَيَاةَ فِي اللبَنِ.

الشرح:

قَال (وَلا لبَنِ امْرَأَةٍ فِي قَدَحٍ) قَيَّدَ بِقَوْلِه فِي قَدَحٍ لدَفْعِ مَا عَسَى أَنْ يُتَوَهَّمَ أَنَّ بَيْعَهُ فِي الضَّرْعِ لا يَجُوزُ كَسَائِرِ أَلبَانِ الحَيَوَانَاتِ، وَفِي القَدَحِ يَجُوزُ فَقَال: إِنَّهُ لا يَجُوزُ فِي قَدَحٍ. وَجَوَّزَ الشَّافِعِيُّ بَيْعَهُ لأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ وَبَيْعُ مِثْله جَائِزٌ كَسَائِرِ الأَلبَانِ، وَعَقَّبَ بِقَوْله طَاهِرًا احْتِرَازًا عَنْ الخَمْرِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِطَاهِرَة. وَلنَا أَنَّهُ جُزْءُ الآدَمِيِّ لأَنَّ الشَّرْعَ أَثْبَتَ حُرْمَةَ الرَّضَاعِ لمَعْنَى البَعْضِيَّة، وَجُزْءُ الآدَمِيِّ لَيْسَ بِمَالٍ لأَنَّ النَّاسَ لا يَتَمَوَّلُونَهُ وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ. وَعُورِضَ بِأَنَّهُ لوْ كَانَ جُزْءُ الآدَمِيِّ لكَانَ مَضْمُونًا بِالإِتْلافِ كَبَقِيَّةِ أَجْزَاءِ الآدَمِيِّ.

أُجِيبَ بِأَنَّا لا نُسَلمُ أَنَّ الأَجْزَاءَ تُضْمَنُ بِالإِتْلافِ بَل المَضْمُونُ مَا انْتَقَصَ مِنْ الأَصْل، أَلا تَرَى أَنَّ الجُرْحَ إِذَا اتَّصَل بِه البُرْءُ يَسْقُطُ الضَّمَانُ وَكَذَا السِّنُّ إِذَا نَبَتَتْ (قَوْلُهُ وَهُوَ) أَيْ الآدَمِيُّ بِجَمِيعِ أَجْزَائِه مُكَرَّمٌ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ دَليلا آخَرَ وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الآدَمِيَّ بِجَمِيعِ أَجْزَائِه مُكَرَّمٌ مَصُونٌ عَنْ الابْتِذَال، وَمَا يَرِدُ عَليْه البَيْعُ لَيْس بِمُكَرَّمٍ وَلا مَصُونٍ عَنْ الابْتِذَال، وَلا فَرْقَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَة بَيْنَ لبَنِ الحُرَّة وَالأَمَة. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ لبَنِ الأَمَة لأَنَّهُ يَجُوزُ إِيرَادُ البَيْعِ عَلى نَفْسِهَا فَيَجُوزُ عَلى جُزْئِهَا اعْتِبَارًا للجُزْءِ بِالكُل. وَالجَوَابُ أَنَّهُ اعْتِبَارٌ مَعَ وُجُودِ الفَارِق فَلا يَجُوزُ. وَبَيَانُهُ أَنَّ الرِّقَّ حَل نَفْسَهَا وَمَا حَل فِيه الرِّقُّ جَازَ بَيْعُهُ، وَأَمَّا اللبَنُ فَلا رِقَّ فِيه لأَنَّ الرِّقَّ يَخْتَصُّ بِمَحَل القُوَّة التِي هِيَ

ضِدُّ الرِّقِّ: يَعْنِي العِتْقَ، وَهُوَ أَيْ المَحَلُّ هُوَ الحَيُّ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُمَا صفتَان يَتَعَاقَبَان عَلى مَوْضِعٍ وَاحِدٍ فَهُمَا ضِدَّان، وَإِذْ لا حَيَاةَ فِي اللَّبَنِ لا يَرِدُ عَلَيْهِ الرِّقُّ وَلا العِتْقُ لانْتِفَاءِ المَوْضُوعِ. وَالجَوَابُ عَنْ قَوْلِهِ مَشْرُوبٌ طَاهِرٌ أَنَّ المُرَادَ بِهِ كَوْنُهُ مَشْرُوبًا مُطْلَقًا أَوْ فِي حَالِ الضَّرُورَةِ، وَالأَوَّلُ مَمْنُوعٌ. فَإِنَّهُ إِذَا اسْتَغْنَى عَنْهُ حَرُمَ شُرْبُهُ. وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ لأَنَّهُ غِذَاءٌ فِي تَرْبِيَةِ الصِّغَارِ لأَجْلِ الضَّرُورَةِ فَإِنَّهُمْ لا يَتَرَبُّونَ إِلا بِلَبَنِ الجِنْسِ عَادَةً، وَلَكِنْ لا يَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى كَوْنِهِ مَالا كَالمَيْتَةِ تَكُونُ غِذَاءً عِنْدَ الضَّرُورَةِ وَلَيْسَتْ بِمَالٍ يَجُوزُ بَيْعُهُ.

قَال (وَلا يَجُوزُ بَيعُ شَعرِ الخِنزِيرِ) لأَنَّهُ نَجِسُ العَينِ فَلا يَجُوزُ بَيعُهُ إِهَانَةً لهُ، وَيَجُوزُ الانتِفَاعُ بِهِ للخَرَزِ للضَّرُورَةِ فَإِنَّ ذَلكَ العَمَل لا يَتَأَتَّى بِدُونِهِ، وَيُوجَدُ مُبَاحَ الأَصلِ فَلا ضَرُورَةَ إِلى البَيعِ، وَلو وَقَعَ فِي المَاءِ القَليلِ أَفسَدَهُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لا يُفسِدُهُ لأَنَّ إِطلاقَ الانتِفَاعِ بِهِ دَليلُ طَهَارَتِهِ وَلأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الإِطلاقَ للضَّرُورَةِ فَلا يَظهَرُ إِلا فِي حَالةِ الاستِعمَال وَحَالةُ الوُقُوعِ تُغَايِرُهَا.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ شَعْرِ الخِنْزِيرِ لأَنَّهُ نَجِسُ العَيْنِ) وَنَجِسُ العَيْنِ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِهَانَةً لهُ، وَيَجُوزُ الانْتِفَاعُ بِهِ للخَرْزِ للضَّرُورَةِ لأَنَّ غَيْرَهُ لا يَعْمَلُ عَمَلهُ. فَإِنْ قِيل: إِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهُ. أَجَابَ بِأَنَّهُ يُوجَدُ مُبَاحَ الأَصْلِ فَلا ضَرُورَةَ إِلى بَيْعِهِ، وَعَلَى هَذَا قِيل: إِذَا كَانَ لا يُوجَدُ إِلا بِالبَيْعِ جَازَ بَيْعُهُ لكِنَّ الثَّمَنَ لا يَطِيبُ لِلبَائِعِ. وَقَال أَبو الليْثِ: إِنْ كَانَتْ الأَسَاكِفَةُ لا يَجِدُونَ شَعْرَ الخِنْزِيرِ إِلا بِالشِّرَاءِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ لَهُمْ الشِّرَاءُ، وَلوْ وَقَعَ فِي المَاءِ أَفْسَدَهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لأَنَّ الإِطْلاقَ للضَّرُورَةِ وَلا ضَرُورَةَ إِلا فِي حَالةِ الاسْتِعْمَال وَحَالةُ الوُقُوعِ غَيْرُ حَالةِ الاسْتِعْمَال.

وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يُفْسِدُهُ لأَنَّ إِطْلاقَ الانْتِفَاعِ بِهِ دَلِيلُ طَهَارَتِهِ، وَوُقُوعُ الطَّاهِرِ فِي المَاءِ لا يُنَجِّسُهُ، وَكَانَ المُصَنِّفُ اخْتَارَ قَوْل أَبِي يُوسُفَ حَيْثُ أَخَّرَهُ، قِيل: هَذَا إِذَا كَانَ مَنْتُوفًا، وَأَمَّا المَجْزُوزُ فَطَاهِرٌ كَذَا فِي التُّمُرْتَاشِيِّ وَقَاضِي خَانْ.

(وَلا يَجُوزُ بَيعُ شُعُورِ الإِنسَانِ وَلا الانتِفَاعُ بِهَا) لأَنَّ الآدَمِيَّ مُكَرَّمٌ لا مُبتَذَلٌ فَلا يَجُوزُ أَن يَكُونَ شَيءٌ مِن أَجزَائِهِ مُهَانًا وَمُبتَذَلا وَقَد قَال: عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لعَنَ اللهُ

الوَاصِلَةَ وَالْمُستَوصِلَة»[1] الحَدِيثُ، وَإِنَّمَا يُرَخَّصُ فِيمَا يُتَّخَذُ مِن الوَبَرِ فَيَزِيدُ فِي قُرُونِ النِّسَاءِ وذَوَائِبِهِنَّ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ **بَيْعُ شُعُورِ الإِنْسَانِ** إِلَخْ) بَيْعُ شُعُورِ الآدَمِيِّينَ وَالانْتِفَاعُ بِهَا لا يَجُوزُ. وَعَنْ مُحَمَّد أَنَّهُ يَجُوزُ الانْتِفَاعُ بِهَا اسْتِدْلالا بمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حِينَ حَلقَ رَأْسَهُ قَسَمَ شَعْرَهُ بَيْنَ أَصْحَابه فَكَانُوا يَتَبَرَّكُونَ به» وَلَوْ كَانَ نَجسًا لَمَا فَعَلهُ، إِذْ النَّجسُ لا يُتَبَرَّكُ به. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الآدَمِيَّ مُكَرَّمٌ غَيْرُ مُبْتَذَل، وَمَا هُوَ كَذَلكَ لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ شَيْءٌ مِنْ أَجْزَائه مُبْتَذَلا مُهَانًا وَفِي البَيْعِ وَالانْتِفَاعِ ذَلكَ، وَيُؤَيِّدُ ذَلكَ قَوْلُهُ ﷺ: «**لعَنَ اللهُ الوَاصِلةَ وَالمُسْتَوْصِلة**» وَالوَاصِلةُ مَنْ تَصِلُ الشَّعْرَ، وَالمُسْتَوْصِلة مَنْ يُفْعَلُ بهَا ذَلكَ. فَإِنْ قِيل: جَعَل المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ بَيْعَ شَعْرِ الخنْزِيرِ إِعْزَازًا فِيمَا تَقَدَّمَ وَجَعَل شَعْرَ الآدَمِيِّ إِهَانَةً لهُ وَالبَيْعُ حَقِيقَةٌ وَاحِدَةٌ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُوجبًا لأَمْرَيْنِ مُتَنَافِيَيْنِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ البَيْعَ مُبَادَلةٌ فَلا بُدَّ فِيه مِنْ المَبِيعِ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا حَقَّرَهُ الشَّرْعُ فَبَيْعُهُ وَمُبَادَلتُهُ بِمَا لمْ يُحقِّرْهُ إِعْزَازٌ لهُ فَلا يَجُوزُ لإِفْضَائه إِلى إِعْزَازِ مَا حَقَّرَهُ الشَّرْعُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا كَرَّمَهُ وَعَظَّمَهُ فَبَيْعُهُ وَمُبَادَلتُهُ بِمَا ليْسَ كَذَلكَ إِهَانَةٌ لهُ فَلا يَجُوزُ لإِفْضَائه إِلى تَحْقِيرِ مَا عَظَّمَهُ الشَّرْعُ فَليْسَ ذَلكَ مِنْ البَيْعِ فِي شَيْء، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ وَصْفِ المَحَل شَرْعًا، ثُمَّ إِنَّ عَدَمَ جَوَازِهِمَا ليْسَ للنَّجَاسَة عَلى الصَّحِيحِ لأَنَّ شَعْرَ غَيْرِ الإِنْسَانِ لا يَنْجُسُ بِالمُزَايَلة فَشَعْرُهُ وَهُوَ طَاهِرٌ أَوْلى، وَلأَنَّ فِي تَنَاثُرِ الشُّعُورِ ضَرُورَةً وَهِيَ تُنَافِي النَّجَاسَةَ.

وَقَال الشَّافِعِيُّ: نَجسٌ لحُرْمَة الانْتِفَاعِ بِه، وَهُوَ مَحْجُوجٌ بِالضَّرُورَة، وَلا بَأْسَ بِاتِّخَاذ القَرَامِيل وَهِيَ مَا يُتَّخَذُ مِنْ الوَبَرِ لزَيْدٍ فِي قُرُونِ النِّسَاءِ: أَيْ فِي أُصُول شَعْرِهِنَّ بِالتَّكْثِيرِ وَفِي ذَوَائِبِهِنَّ بِالتَّطْوِيل.

قَال (وَلا بَيعُ جُلُودِ المَيتَةِ قَبل أَن تُدبَغَ) لأَنَّهُ غَيرُ مُنتَفَعٍ بِهِ، قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تَنتَفِعُوا مِن المَيتَةِ بِإِهَابٍ»[2] وَهُوَ اسمٌ لغَيرِ المَدبُوغِ عَلى مَا عُرِفَ فِي كِتَابِ الصَّلاةِ (وَلا بَأسَ بِبَيعِهَا وَالانتِفَاعِ بِهَا بَعدَ الدِّبَاغِ) لأَنَّهَا قَد طَهُرَت بِالدِّبَاغِ، وَقَد ذَكَرنَاهُ

(١) أخرجه البخاري (٥٩٣٧)، ومسلم في اللباس والزينة (حديث ١١٩).

(٢) سبق تخريجه.

فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ (وَلَا بَأسَ بِبَيعِ عِظَامِ المَيتَةِ وَعَصَبِهَا وَصُوفِهَا وَقَرنِهَا وَشَعرِهَا وَوَبَرِهَا وَالانتِفَاعِ بِذَلكَ كُلهِ)؛ لأَنَّهَا طَاهِرَةٌ لا يَحِلُّهَا المَوتُ؛ لعَدَمِ الحَيَاةِ وَقَد قَرَّرنَاهُ مِن قَبلُ. وَالفِيلُ كَالخِنزِيرِ نَجِسُ العَينِ عِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَعِندَهُمَا بِمَنزِلَةِ السِّبَاعِ حَتَّى يُبَاعُ عَظمُهُ وَيَنتَفِعُ بِهِ.

الشرح:

وَلا يَجُوزُ **بَيْعُ جُلُودِ المَيْتَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْبَغَ** لأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهَا لنَجَاسَتِهَا. قَالَ ﷺ «**لا تَنْتَفِعُوا مِنْ المَيْتَةِ بِإِهَابٍ**» وَهُوَ اسْمٌ لغَيْرِ المَدْبُوغِ، كَذَا رُوِيَ عَنْ الخَلِيلِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الصَّلاةِ. فَإِنْ قِيلَ: نَجَاسَتُهَا مُجَاوِرَةٌ بِاتِّصَالِ الرُّسُومَاتِ وَمِثْلُ ذَلكَ يَجُوزُ بَيْعُهُ كَالثَّوْبِ النَّجِسِ.

أُجِيبَ بِأَنَّهَا خَلقِيَّةٌ فَمَا لَمْ يُزَايَلْ بِالدِّبَاغِ فَهِيَ كَعَيْنِ الجِلدِ، بِخِلافِ نَجَاسَةِ الثَّوْبِ. فَإِنْ قِيلَ: قَوْلُهُ ﷺ لا تَنْتَفِعُوا) وَهُوَ يَقْتَضِي المَشْرُوعِيَّةَ فَمِنْ أَيْنَ اللاجَوَازُ؟ فَالجَوَابُ أَنَّهُ نَهَى عَنْ الأَفْعَالِ الحِسِّيَّةِ وَهُوَ يُفِيدُهُ، طَالِعْ التَّقْرِيرَ تَطَّلِعُ عَلَيْهِ (وَلا بَأْسَ بِبَيْعِهَا وَالانْتِفَاعِ بِهَا بَعْدَ الدِّبَاغِ لأَنَّهَا طَهُرَتْ بِهِ) لأَنَّ تَأْثِيرَهُ فِي إِزَالَةِ الرُّطُوبَاتِ كَالذَّكَاةِ وَالجِلدِ يَطْهُرُ بِهَا فَيَطْهُرُ بِالدِّبَاغِ. وَلا بَأْسَ **بِبَيْعِ عِظَامِ المَيْتَةِ وَعَصَبِهَا وَصُوفِهَا وَقَرْنِهَا وَشَعْرِهَا وَوَبَرِهَا وَالانْتِفَاعِ بِذَلكَ كُلهِ** لأَنَّهَا طَاهِرَةٌ لا يُحِلُّهَا المَوْتُ لعَدَمِ الحَيَاةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الصَّلاةِ (وَالفِيلُ كَالخِنْزِيرِ نَجِسُ العَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ) اعْتِبَارًا بِهِ فِي حُرْمَةِ اللحْمِ وَغَيْرِهَا.

قَالَ لا تَقَعُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، وَإِذَا دُبِغَ جِلدُهُ لَمْ يَطْهُرْ. وَعِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ السِّبَاعِ يُبَاعُ عَظْمُهُ لأَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِهِ بِالرُّكُوبِ وَالحَمْلِ وَغَيْرِ ذَلكَ، فَلَمْ يَكُنْ نَجِسَ العَيْنِ بَل كَانَ كَالكَلبِ وَسَائِرِ السِّبَاعِ. قَالُوا: بَيْعُ عَظْمِهِ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا لَمْ تَكُنْ عَلَيْهِ دُسُومَةٌ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ فَهُوَ نَجِسٌ فَلا يَجُوزُ بَيْعُهُ.

قَال (وَإِذَا كَانَ السُّفلُ لرَجُلٍ وَعُلُوُّهُ لآخَرَ فَسَقَطَا أَو سَقَطَ العُلُوُّ وَحدَهُ فَبَاعَ صَاحِبُ العُلُوِّ عُلُوَّهُ لم يَجُز) لأَنَّ حَقَّ التَّعَلي ليسَ بِمَالٍ لأَنَّ المَال مَا يُمكِنُ إِحرَازُهُ وَالمَالُ هُوَ المَحِلُّ للبَيعِ، بِخِلافِ الشِّربِ حَيثُ يَجُوزُ بَيعُهُ تَبَعًا للأَرضِ بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ.

وَمُفرَدًا فِي رِوَايَةٍ، وَهُوَ اختِيَارُ مَشَايِخِ بَلخِي رَحِمَهُمُ اللهُ لأَنَّهُ حَظٌّ مِن المَاءِ وَلهَذَا يُضمَنُ بِالإِتلافِ وَلهُ قِسطٌ مِن الثَّمَنِ عَلى مَا نَذكُرُهُ فِي كِتَابِ الشِّربِ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا كَانَ **السُّفْلُ لِرَجُلٍ وَعُلوُهُ لآخَرَ فَسقَطَا أَوْ سَقطَ العُلوُ وَحْدَهُ فَبَاعَ صَاحِبُ العُلوِ عُلوَهُ** لَمْ يَجُزْ) لأَنَّ حَقَّ التَّعلي لَيْسَ بِمَالٍ لِعَدَمِ إِمْكَانِ إِحْرَازِهِ (وَالمَالُ هُوَ المَحَلُّ لِلبَيْعِ) فَإِنْ قِيلَ: الشِّرْبُ حَقُّ الأَرْضِ وَلِهَذَا قَال فِي كِتَابِ الشِّرْبِ: إِذَا اشْتَرَى أَرْضًا لَمْ يَكُنْ لهُ شِرْبٌ فَيَنْبَغِي أَنْ لا يَجُوزَ. أَجَابَ بِقَوْلِه بِخِلافِ الشِّرْبِ حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ تَبَعًا للأَرْضِ بِاتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ. وَمُفْرَدًا فِي رِوَايَةٍ وَهُوَ اخْتِيَارُ مَشَايِخِ بَلخِي لأَنَّهُ حَظٌّ مِنْ المَاءِ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ بِالإِتْلافِ، فَإِنَّ مَنْ سَقَى أَرْضَ نَفْسِهِ بِمَاءِ غَيْرِهِ يَضْمَنُ، وَلأَنَّ لهُ حَظًّا مِنْ الثَّمَنِ ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الشِّرْبِ. قَال فِي شَاهِدَيْنِ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِشِرَاءِ أَرْضٍ بِشِرْبِهَا بِأَلفٍ وَالآخَرُ بِشِرَائِهَا بِأَلفٍ وَلَمْ يَذْكُرْ الشِّرْبَ لَمْ تُقْبَل لأَنَّهُمَا اخْتَلفَا فِي ثَمَنِ الأَرْضِ لأَنَّ بَعْضَ الثَّمَنِ يُقَابِلُ الشِّرْبَ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ بَيْعُ الشِّرْبِ وَحْدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِلجَهَالةِ لا بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ، بِخِلافِ بَيْعِهِ مَعَهَا تَبَعًا لِزَوَالِهَا بِاعْتِبَارِ التَّبَعِيَّةِ.

قَال (وَبَيعُ الطَّرِيقِ وَهِبَتُهُ جَائِزٌ وَبَيعُ مَسِيل المَاءِ وَهِبَتُهُ بَاطِلٌ) وَالمَسأَلَةُ تَحتَمِلُ وَجهَينِ: بَيعُ رَقَبَةِ الطَّرِيقِ وَالمَسِيل، وَبَيعُ حَقِّ المُرُورِ وَالتَّسيِيل. فَإِن كَانَ الأَوَّل فَوَجهُ الفَرقِ بَينَ المَسأَلتَينِ أَنَّ الطَّرِيقَ مَعلُومٌ لأَنَّ لهُ طُولا وَعَرضًا مَعلُومًا، وَأَمَّا المَسِيلُ فَمَجهُولٌ لأَنَّهُ لا يُدرَى قَدرُ مَا يَشغَلُهُ مِن المَاءِ وَإِن كَانَ الثَّانِيَ فَفِي بَيعِ حَقِّ المُرُورِ رِوَايَتَانِ وَوَجهُ الفَرقِ عَلَى إِحدَاهُمَا بَينَهُ وَبَينَ حَقِّ التَّسيِيل أَنَّ حَقَّ المُرُورِ مَعلُومٌ لِتَعَلُّقِهِ بِمَحَلٍّ مَعلُومٍ وَهُوَ الطَّرِيقُ، أَمَّا المَسِيلُ عَلَى السَّطحِ فَهُوَ نَظِيرُ حَقِّ التَّعَلي وَعَلَى الأَرضِ مَجهُولٌ لِجَهَالةِ مَحِلهِ. وَوَجهُ الفَرقِ بَينَ حَقِّ المُرُورِ وَحَقِّ التَّعَلي عَلَى إِحدَى الرِّوَايَتَينِ أَنَّ حَقَّ التَّعَلي يَتَعَلقُ بِعَينٍ لا تَبقَى وَهُوَ البِنَاءُ فَأَشبَهَ المَنَافِعَ، أَمَّا حَقُّ المُرُورِ يَتَعَلقُ بِعَينٍ تَبقَى وَهُوَ الأَرضُ فَأَشبَهَ الأَعيَانَ.

الشرح:

قَال (**وَبَيْعُ الطَّرِيقِ وَهِبَتُهُ** جَائِزَةٌ) بَيْعُ رَقَبَةِ الطَّرِيقِ وَهِبَتُهُ جَائِزٌ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا بِطُولِهِ وَعَرْضِهِ إِنْ بَيَّنَ ذَلِكَ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِلا قُدِّرَ بِعَرْضِ بَابِ الدَّارِ العُظْمَى، وَهُوَ مُشَاهَدٌ مَحْسُوسٌ لا يَقْبَلُ النِّزَاعَ.

وَبَيْعُ رَقَبَةِ المَسِيلِ مِنْ حَيْثُ هُوَ مَسِيلٌ وَهِبَتُهُ إِذَا لَمْ يُبَيِّنْ الطُّولَ وَالعَرْضَ لا يَجُوزُ

للجَهَالة حَيْثُ لا يَدْري قَدْرَ مَا يَشْغَلُهُ المَاءُ، وَالقَيْدُ الأَوَّلُ لإخْرَاجِ بَيْعِ رَقَبَته منْ حَيْثُ إنَّهُ نَهْرٌ فَإنَّهُ أَرْضٌ مَمْلُوكَةٌ جَازَ بَيْعُهَا. ذَكَرَهُ شَمْسُ الأَئِمَّة السَّرَخْسِيُّ. وَالثَّاني لإخْرَاجِ بَيْعِه مِنْ حَيْثُ هُوَ مَسيلٌ إذَا بَيَّنَ حُدُودَهُ وَمَوْضِعَهُ فَإنَّهُ جَائزٌ أَيْضًا. ذَكَرَهُ قَاضي خَانْ.

وَهَذَا أَحَدُ مُحْتَمَليْ المَسْأَلة، وَبَيْعُ حَقِّ المُرُورِ وَهُوَ حَقُّ التَّطَرُّقِ دُونَ رَقَبَة الأَرْضِ جَائزٌ في روَايَة ابْنِ سمَاعَةَ، وَجُعل في كتَاب القسْمَة لحَقِّ المُرُور قسْطًا منْ الثَّمَن حَيْثُ قَال: دَارٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فيهَا طَرِيقٌ لرَجُلٍ آخَرَ لَيْسَ لَهُ مَنْعُهُمَا منْ القسْمَة وَيَتْرُكُ للطَّرِيق مقْدَارَ بَابِ الدَّارِ العُظْمَى لأَنَّهُ لا حَقَّ لهُ في غَيْرِ الطَّرِيقِ، فَإنْ بَاعُوا الدَّارَ وَالطَّرِيقَ برِضَاهُمْ يَضْرِبُ صَاحِبُ الأَصْلِ بثُلُثَيْ ثَمَنِ الطَّرِيقِ وَصَاحِبُ المَمَرِّ بثُلُث الثَّمَنِ لأَنَّ صَاحِبَ الدَّارِ اثْنَان وَصَاحِبُ المَمَرِّ وَاحدٌ، وَقسْمَةُ الطَّرِيق تَكُونُ عَلى عَدَد الرُّءُوسِ لأَنَّ صَاحِبَ القَليل يُسَاوِي صَاحِبَ الكَثيرِ في الانْتفَاعِ، فَقَدْ جَعَل لحَقِّ المُرُور قسْطًا منْ الثَّمَنِ وَهُوَ ممَّا يَدُلُّ عَلى جَوَازِ البَيْعِ، وَفي روَايَة الزِّيَادَات: لا يَجُوزُ، وَصَحَّحَهُ الفَقيهُ أَبُو اللَّيْث لأَنَّهُ حَقٌّ منْ الحُقُوق وَبَيْعُ الحُقُوق بالانْفرَاد لا يَجُوزُ. وَبَيْعُ التَّسْييل وَهُوَ حَقُّ المَسيل لا يَجُوزُ، وَهَذَا مُحْتَمَلُهُمَا الآخَرُ. وَإذَا عُرفَ هَذَا، فَإنْ كَانَ المُرَادُ المُحْتَمَل الأَوَّل فَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا بالعلمِ وَالجَهْل كَمَا مَرَّ آنفًا، وَإنْ كَانَ المُحْتَمَل الثَّانيَ فَعَلى روَايَة الزِّيَادَات لا يَحْتَاجُ إلى الفَرْق لشُمُول عَدَمِ الجَوَاز.

وَأَمَّا عَلى روَايَة ابْنِ سمَاعَةَ فَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ حَقَّ المُرُور مَعْلُومٌ لتَعَلُّقه بمَحَلٍّ مَعْلُومٍ إمَّا بالبَيَان أَوْ التَّقْدير كَمَا مَرَّ وَهُوَ الطَّرِيقُ، وَأَمَّا المَسيلُ فَإمَّا أَنْ يَكُونَ عَلى السَّطْحِ أَوْ عَلى الأَرْضِ، وَالأَوَّلُ حَقُّ التَّعَلي وَهُوَ لَيْسَ بمَالٍ وَلا مُتَعَلقًا به مَعَ كَوْنه مَجْهُولا لاخْتلاف التَّسْييل بقلة المَاءِ وَكَثْرَته، وَالثَّاني مَجْهُولٌ فَعَادَ إلى الفَرْق في المُحْتَمَل الأَوَّل.

وَهَذه الرِّوَايَةُ: أَعْني روَايَةَ ابْنِ سمَاعَةَ في جَوَازِ بَيْعِ حَقِّ المُرُور تُلجئُ إلى الفَرْق بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّعَلي، وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا مَا ذَكَرَهُ بقَوْله إنَّ حَقَّ التَّعَلي تَعَلقَ بعَيْنٍ لا تَبْقَى وَهُوَ البنَاءُ فَأَشْبَهَ المَنَافعَ وَعَقْدَ البَيْعِ لا يَردُ عَلَيْهَا، أَمَّا حَقُّ المُرُور فَيَتَعَلقُ بعَيْنٍ تَبْقَى وَهُوَ الأَرْضُ فَأَشْبَهَ الأَعْيَانَ وَالبَيْعُ يَردُ عَلَيْهَا، فَظَهَرَ منْ هَذَا أَنَّ مَحَل البَيْع إمَّا الأَعْيَانُ التي هيَ أَمْوَالٌ أَوْ حَقٌّ يَتَعَلقُ بهَا. وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ السُّكْنَى منْ الدَّارِ مَثَلا حَقٌّ يَتَعَلقُ بعَيْنٍ تَبْقَى هُوَ مَالٌ وَلا يَجُوزُ بَيْعُهُ.

قال (وَمَن بَاعَ جَارِيَةً فَإِذَا هُوَ غُلامٌ) فلا بَيعَ بَينَهُمَا، بِخِلافِ مَا إذَا بَاعَ كَبشًا فَإِذَا هُوَ نَعجَةٌ حَيثُ يَنعقِدُ البَيعُ وَيَتَخيَّرُ. وَالفَرقُ يَنبَنِي عَلَى الأَصل الذِي ذَكَرنَاهُ فِي النِّكَاحِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ أَنَّ الإِشَارَةَ مَعَ التَّسمِيَةِ إذَا اجتَمَعَتَا فَفِي مُختَلفِي الجِنسِ يَتَعلَقُ العَقدُ بِالمُسَمَّى وَيَبطُلُ لانعِدَامِهِ، وَفِي مُتَّحِدِي الجِنسِ يَتَعَلَقُ بِالمُشَارِ إليهِ وَيَنعَقِدُ لِوُجُودِهِ وَيَتَخيَّرُ لفَوَاتِ الوَصفِ كَمَن اشتَرَى عَبدًا عَلى أَنَّهُ خَبَّازٌ فَإِذَا هُوَ كَاتِبٌ، وَفِي مَسأَلتِنَا الذَّكَرُ وَالأُنثَى مِن بَنِي آدمَ جِنسَانِ للتَّفَاوُتِ فِي الأَغرَاضِ، وَفِي الحَيَوَانَاتِ جِنسٌ وَاحِدٌ للتَّقَارُبِ فِيهَا وَهُوَ المُعتَبَرُ فِي هَذَا دُونَ الأَصل كَالخَل وَالدِّبسِ جِنسَانِ. وَالوَذَارِيُّ والزندنيجي عَلَى مَا قَالُوا جِنسَانِ مَعَ اتِّحَادِ أَصلِهِمَا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ جَارِيَةً فَإِذَا هُوَ غُلامٌ) اعْلَمْ أَنَّ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى قَدْ يَكُونَانِ جِنْسَيْنِ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ يَكُونَانِ جِنْسًا وَاحِدًا لِقلته، فَالغُلامُ وَالجَارِيَةُ جِنْسَانِ لأَنَّ الغُلامَ يَصْلُحُ لِخِدْمَةِ خَارِجِ البَيْتِ كَالتِّجَارَةِ وَالزِّرَاعَةِ وَغَيْرِهِمَا وَالجَارِيَةُ لِخِدْمَةِ دَاخِلِ البَيْتِ كَالاسْتِفْرَاشِ وَالاسْتِيلادِ اللذَيْنِ لَمْ يَصْلُحْ لَهُمَا الغُلامُ بِالكُلِّيَّةِ، وَالكَبْشُ وَالنَّعْجَةُ جِنْسٌ وَاحِدٌ لأَنَّ الغَرَضَ الكُلِيَّ مِنْ الحَيَوَانَاتِ الأَكْلُ وَالرُّكُوبُ وَالحَمْلُ وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، فَالمُعْتَبَرُ فِي اخْتِلافِ الجِنْسِ وَاتِّحَادِهِ تَفَاوُتُ الأَغْرَاضِ دُونَ الأَصْلِ كَالخَلِ وَالدِّبْسِ فَإِنَّهُمَا جِنْسَانِ مَعَ اتِّحَادِ أَصْلِهِمَا لِعِظَمِ التَّفَاوُتِ.

وَالوَذَارِيُّ بِكَسْرِ الوَاوِ وَفَتْحِهَا: ثَوْبٌ مَنْسُوبٌ إلى وَذَارَ قَرْيَةٌ بِسَمَرْقَنْدَ، والزندنيجي ثَوْبٌ مَنْسُوبٌ إلى زَنْدَنَةَ: قَرْيَةٌ بِبُخَارَى جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ عَلَى مَا قَالَ المَشَايِخُ فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَإِذَا وَقَعَتْ الإِشَارَةُ عَلَى مَبِيعٍ ذُكِرَ بِتَسْمِيَةٍ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِمَّا يَكُونُ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى فِيهِ جِنْسَيْنِ كَبَنِي آدَمَ فَالعَقْدُ يَتَعلَقُ بِالمُسَمَّى وَيَبْطُلُ بِانْعِدَامِهِ. وَإِذَا قَال بِعْتُك هَذِهِ الجَارِيَةَ فَإِذَا هِيَ غُلامٌ بَطَل البَيْعُ لِفَوَاتِ التَّسْمِيَةِ التِي هِيَ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ مِنْ الإِشَارَةِ، فَإِنَّ التَّسْمِيَةَ لِبَيَانِ المَاهِيَّةِ يَعْنِي مَوْصُوفًا بِصِفَةٍ، وَالإِشَارَةُ لِتَعْرِيفِ الذَّاتِ يَعْنِي مُجَرَّدًا عَنْ بَيَانِ صِفَةٍ، وَالأَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ أَقْوَى، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَكُونَانِ جِنْسًا وَاحِدًا فَالعَقْدُ يَتَعلَقُ بِالمُشَارِ إلَيْهِ وَيَنْعَقِدُ لِوُجُودِهِ، لأَنَّ العِبْرَةَ إذْ ذَاكَ لِلإِشَارَةِ لا لِلتَّسْمِيَةِ، لأَنَّ مَا سُمِّيَ وُجِدَ فِي المُشَارِ إلَيْهِ فَصَارَ حَقُّ التَّسْمِيَةِ

مَقْضِيًّا بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا تَمَامَ ذَلِكَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ فِي تَعْلِيمِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا بَاعَ كَبْشًا فَإِذَا هُوَ نَعْجَةٌ صَحَّ الْبَيْعُ لَكِنَّهُ يَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَرْغُوبِ، فَإِنَّهُ إِذَا خَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ مُعَرِّفًا جُعِلَ لِلتَّرْغِيبِ حَذَرًا عَنْ الْإِلْغَاءِ فَصَارَ كَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ فَإِذَا هُوَ كَاتِبٌ فَهُوَ بِالْخِيَارِ.

وَقَدْ يُشِيرُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ إِلَى ثُبُوتِ خِيَارِ الْمُشْتَرِي عِنْدَ فَوَاتِ الْوَصْفِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِكَوْنِهِ أَنْقَصَ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صِفَةَ الْخَبْزِ لَا تَرْبُو عَلَى الْكِتَابَةِ. وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُحِيطِ وَالْعَتَّابِيُّ كَذَلِكَ. وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَأَخُوهُ صَدْرُ الْإِسْلَامِ وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ: إِنَّ الْمَوْجُودَ إِنْ كَانَ أَنْقَصَ مِنْ الْمَشْرُوطِ الْفَائِتِ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ زَائِدًا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي.

وَنَصَّ الْكَرْخِيُّ عَلَى ذَلِكَ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَجْهٌ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ قَدْ يَكُونُ مُحْتَاجًا إِلَى خَبَّازٍ فَبِإِلْزَامِ الْكَاتِبِ يَتَضَرَّرُ فَلَا يَتِمُّ مِنْهُ الرِّضَا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا وَجَدَ الثَّوْبَ الْمُسَمَّى عَشَرَةً تِسْعَةً خُيِّرَ، وَإِنْ وَجَدَ أَحَدَ عَشَرَ فَهُوَ لَهُ بِلَا خِيَارٍ.

قَال (وَمَن اشتَرَى جَارِيَةً بِأَلفِ دِرهَمٍ حَالَةً أَو نَسِيئَةً فَقَبَضَهَا ثُمَّ بَاعَهَا مِن البَائِعِ بِخَمسِمِائَةٍ قَبل أَن يَنقُدَ الثَّمَنَ الأَوَّل لا يَجُوزُ البَيعُ الثَّانِي) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ لأَنَّ المِلكَ قَد تَمَّ فِيهَا بِالقَبضِ فَصَارَ البَيعُ مِن البَائِعِ وَمِن غَيرِهِ سَوَاءً وَصَارَ كَمَا لَو بَاعَ بِمِثلِ الثَّمَنِ الأَوَّل أَو بِالزِّيَادَةِ أَو بِالعَرضِ. وَلَنَا قَولُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنهَا: لِتِلكَ المَرأَةِ وَقَد بَاعَت بِسِتِّمِائَةٍ بَعدَمَا اشتَرَت بِثَمَانِمِائَةٍ: بِئسَمَا شَرَيت وَاشتَرَيت، أَبلِغِي زَيدَ بنَ أَرقَمَ أَنَّ اللهَ تَعَالَى أَبطَلَ حَجَّهُ وَجِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ إِن لم يَتُب[1]؛ وَلأَنَّ الثَّمَنَ لم يَدخُل فِي ضَمَانِهِ فَإِذَا وَصَلَ إِليهِ المَبِيعُ وَوَقَعَت المُقَاصَّةُ بَقِيَ لَهُ فَضلُ خَمسِمِائَةٍ وَذَلِكَ بِلا عِوَضٍ، بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ بِالعَرضِ لأَنَّ الفَضل إِنَّمَا يَظهَرُ عِندَ المُجَانَسَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ) مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ (حَالَةً أَوْ نَسِيئَةً فَقَبَضَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مِنْ الْبَائِعِ بِخَمْسِمِائَةٍ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ) فَالْبَيْعُ الثَّانِي فَاسِدٌ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: الْمِلْكُ قَدْ تَمَّ فِيهِ بِالْقَبْضِ وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ جَائِزٌ مَعَ غَيْرِ الْبَائِعِ فَكَذَا

(١) أخرجه الدارقطني (٣/٥٢) رقم (٢١١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٧٩٩).

مَعَهُ، وَصَارَ كَمَا لوْ بَاعَ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الأَوَّل أَوْ بِالزِّيَادَةِ عَلى الثَّمَنِ الأَوَّل أَوْ بِالعَرْضِ وَقِيمَتُهُ أَقَلُّ مِنْ الألف. وَحَاصِلُ ذَلكَ أَنَّ شِرَاءَ مَا بَاعَ لا يَخْلُو مِنْ أَوْجُهٍ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ المُشْتَرِي بِلا وَاسِطَةٍ أَوْ بِوَاسِطَةِ شَخْصٍ آخَرَ.

وَالثَّانِي جَائِزٌ بِالاتِّفَاقِ مُطْلَقًا: أَعْنِي سَوَاءٌ اشْتَرَى بِالثَّمَنِ الأَوَّل أَوْ بِأَنْقَصَ أَوْ بِأَكْثَرَ أَوْ بِالعَرْضِ. وَالأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِأَقَل أَوْ بِغَيْرِهِ، وَالثَّانِي بِأَقْسَامِهِ جَائِزٌ بِالاتِّفَاقِ. وَالأَوَّلُ هُوَ المُخْتَلفُ فِيهِ. فَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ جَوَّزَهُ قِيَاسًا عَلى الأَقْسَامِ البَاقِيَةِ، وَبِمَا إِذَا بَاعَ مِنْ غَيْرِ البَائِعِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ أَيْضًا بِالاتِّفَاقِ، وَنَحْنُ لَمْ نُجَوِّزْهُ بِالأَثَرِ وَالمَعْقُول.

أَمَّا الأَثَرُ فَمَا قَال مُحَمَّدٌ: حَدَّثَنَا أَبُو حَنِيفَةَ يَرْفَعُهُ إِلى عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: أَنَّ امْرَأَةً سَأَلَتْهَا فَقَالتْ: إِنِّي اشْتَرَيْت مِنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ جَارِيَةً بِثَمَانمائَةِ دِرْهَمٍ إِلى العَطَاءِ ثُمَّ بِعْتهَا مِنْهُ بِسِتِّمائَةِ دِرْهَمٍ قَبْل مَحَل الأَجَل، فَقَالتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: بِئْسَمَا شَرَيْت وَبِئْسَمَا اشْتَرَيْت، أَبْلغِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّ اللهَ أَبْطَل حَجَّهُ وَجِهَادَهُ مَعَ رَسُول اللهِ ﷺ إِنْ لَمْ يَتُبْ، فَأَتَاهَا زَيْدُ بْنُ أَرْقَمَ مُعْتَذِرًا، فَتَلتْ عَليْهِ قَوْله تَعَالى ﴿ فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وَوَجْهُ الاسْتِدْلال أَنَّهَا جَعَلتْ جَزَاءَ مُبَاشَرَةِ هَذَا العَقْدِ بُطْلانَ الحَجِّ وَالجِهَادِ مَعَ رَسُول اللهِ ﷺ وَأَجْزِيَةُ الأَفْعَال لا تُعْلمُ بِالرَّأْيِ فَكَانَ مَسْمُوعًا مِنْ رَسُول اللهِ ﷺ وَالعَقْدُ الصَّحِيحُ لا يُجَازَى بِذَلكَ فَكَانَ فَاسِدًا، وَأَنَّ زَيْدًا اعْتَذَرَ إِليْهَا وَهُوَ دَليلٌ عَلى كَوْنِهِ مَسْمُوعًا لأَنَّ فِي المُجْتَهَدَاتِ كَانَ بَعْضُهُمْ يُخَالفُ بَعْضًا وَمَا كَانَ أَحَدُهُمَا يَعْتَذِرُ إِلى صَاحِبِهِ. وَفِيهِ بَحْثٌ لجَوَازِ أَنْ يُقَال: إِلحَاقُ الوَعِيدِ لكَوْنِ البَيْعِ إِلى العَطَاءِ وَهُوَ أَجَلٌ مَجْهُولٌ.

وَالجَوَابُ أَنَّهُ ثَبَتَ مِنْ مَذْهَبِهَا جَوَازُ البَيْعِ إِلى العَطَاءِ وَهُوَ مَذْهَبُ عَليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَلا يَكُونُ كَذَلكَ، وَلأَنَّهَا كَرِهَتْ العَقْدَ الثَّانِيَ حَيْثُ قَالتْ: بِئْسَ مَا شَرَيْت مَعَ عَرَائِهِ عَنْ هَذَا المَعْنَى، فَلا يَكُونُ لذَلكَ بَل لأَنَّهُمَا تَطَرَّقَا بِهِ إِلى الثَّانِي. فَإِنْ قِيل: القَبْضُ غَيْرُ مَذْكُورٍ فِي الحَدِيثِ فَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الوَعِيدُ للتَّصَرُّفِ فِي المَبِيعِ قَبْل قَبْضِهِ. أُجِيبَ بِأَنَّ تِلاوَتَهَا آيَةَ الرِّبَا دَليلٌ عَلى أَنَّهُ للرِّبَا لا لعَدَمِ القَبْضِ. فَإِنْ قِيل: الوَعِيدُ قَدْ لا يَسْتَلزِمُ الفَسَادَ كَمَا فِي تَفْرِيقِ الوَلدِ عَنْ الوَالدِ بِالبَيْعِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ مَعَ وُجُودِ الوَعِيدِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الوَعِيدَ ليْسَ للبَيْعِ ثَمَّةَ بَل لنَفْسِ التَّفْرِيقِ، حَتَّى لوْ فُرِّقَ بِدُونِ البَيْعِ كَانَ الوَعِيدُ لاحِقًا.

وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ مَا قَال إنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَدْخُل فِي ضَمَانِ البَائِعِ لِعَدَمِ القَبْضِ، فَإِذَا وَصَل إِلَيْهِ المَبِيعُ وَوَقَعَتْ المُقَاصَّةُ بَيْنَ الثَّمَنَيْنِ بَقِيَ لَهُ فَضْلُ خَمْسمائَة بلا عوَضٍ وَهُوَ رِبًا فَلا يَجُوزُ بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مِنْ غَيْرِهِ لأَنَّ الرِّبْحَ لا يَحْصُلُ لِلبَائِعِ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا اشْتَرَاهُ البَائِعُ بِوَاسِطَةِ مُشْتَرٍ آخَرَ لأَنَّهُ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ المُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ لأَنَّ اخْتِلافَ الأَسْبَابِ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلافِ الأَعْيَانِ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا اشْتَرَى بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ لِعَدَمِ الرِّبَا، وَبِخِلافِ مَا إِذَا اشْتَرَى بِأَكْثَرَ فَإِنَّ الرِّبْحَ هُنَاكَ يَحْصُلُ لِلمُشْتَرِي وَالمَبِيعُ قَدْ دَخَل فِي ضَمَانِهِ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَ بِالعُرُوضِ لأَنَّ الفَضْل إِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ المُجَانَسَةِ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا تَعَيَّبَ المَبِيعُ عِنْدَ المُشْتَرِي ثُمَّ اشْتَرَاهُ البَائِعُ بِأَقَل مِنْ الثَّمَنِ الأَوَّل لأَنَّ النُّقْصَانَ يُجْعَلُ فِي مُقَابَلَةِ الجُزْءِ الفَائِتِ الذي احْتَبَسَ عِنْدَ المُشْتَرِي، وَبِخِلافِ مَا إِذَا اشْتَرَى بِدَنَانِيرَ قِيمَتُهَا أَقَلُّ مِنْ الثَّمَنِ الأَوَّل قِيَاسًا، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لأَنَّ رِبَا الفَضْل لا يَتَحَقَّقُ بَيْنَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، وَفِي الاسْتِحْسَانِ لا يَجُوزُ لأَنَّهُمَا مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِيَّةُ كَالشَّيْءِ الوَاحِدِ فَيَثْبُتُ فِيهِ شُبْهَةُ الرِّبْحِ.

قَال (وَمَن اشتَرَى جَارِيَةً بِخَمسِمائَةٍ ثُمَّ بَاعَهَا وَأُخرَى مَعَهَا مِن البَائِعِ قَبل أَن يَنقُدَ الثَّمَنَ بِخَمسِمائَةٍ فَالبَيعُ جَائِزٌ فِي التِي لم يَشتَرِهَا مِن البَائِعِ وَيَبطُلُ فِي الأُخرَى) لأَنَّهُ لا بُدَّ أَن يَجعَل بَعضَ الثَّمَنِ بِمُقَابَلَةِ التِي لم يَشتَرِهَا مِنهُ فَيَكُونُ مُشتَرِيًا لِلأُخرَى بِأَقَل مِمَّا بَاعَ وَهُوَ فَاسِدٌ عِندَنَا، وَلَم يُوجَد هَذَا المَعنَى فِي صَاحِبَتِهَا وَلا يَشِيعُ الفَسَادُ لأَنَّهُ ضَعِيفٌ فِيهَا لِكَونِهِ مُجتَهِدًا فِيهِ أَو؛ لأَنَّهُ بِاعتِبَارِ شُبهَةِ الرِّبَا، أَو؛ لأَنَّهُ طَارِئٌ؛ لأَنَّهُ يَظهَرُ بِانقِسَامِ الثَّمَنِ أَو المُقَاصَّةِ فَلا يَسرِي إِلى غَيرِهَا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بِخَمْسمائَة) هَذه مِنْ فُرُوعِ المَسْأَلَةِ المُتَقَدِّمَة لأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى شِرَاءِ مَا بَاعَ بِأَقَل مِمَّا بَاعَ قَبْل نَقْد الثَّمَنِ، وَلِهَذَا لَمْ يَجُزْ البَيْعُ فِي التِي اشْتَرَاهَا مِنْ البَائِعِ، وَبَيَانُهُ مَا قَال لأَنَّهُ لا بُدَّ أَنْ يَجْعَل بَعْضَ الثَّمَنِ بِمُقَابَلَةِ التِي لَمْ يَشْتَرِهَا مِنْهُ فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لأُخْرَى بِأَقَل مِمَّا بَاعَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فَسَادُهُ. وَنُوقِضَ بِمَا إِذَا بَاعَهُمَا بِأَلفٍ وَخَمْسمائَة فَإِنَّ البَيْعَ فَاسِدٌ.

ذَكَرَهَا فِي جَامِعِهِمَا العَلمَانِ فِي الإِتْقَانِ شَمْسُ الأَئِمَّة وَفَخْرُ الإِسْلامِ، وَلوْ كَانَ

الفَسَادُ فِي المَسْأَلة المَوْضُوعَة فِي الكتَاب كَمَا ذَكَرْتُمْ لَمَا فَسَدَ البَيْعُ لأَنَّ عنْدَ القسْمَة يُصيبُ كُلُّ وَاحد منْهُمَا أَكْثَرَ منْ خَمْسمائَة فَلا يَجْرِي فِيه الأَصْلُ المَذْكُورُ. أُجيبَ بِأَنَّ الفَسَادَ لتَعذُّر جهَات الجَوَاز.

وَبَيَانُهُ أَنَّا لوْ جَعَلنَاهُ بِإِزَاء مَا بَاعَهَا أَلفًا جَازَ، وَإِنْ جَعَلنَا أَلفًا وَحُبَّةً جَازَ وَهَلُمَّ جَرًّا، وَليْسَ البَعْضُ بالحَمْل عَليْه أَوْلى منْ بَعْض فَامْتَنَعَ الجَوَازُ، وَفيه نَظَرٌ لأَنَّ إضَافَةَ الفَسَاد إلى تَعَدُّد جهَات الجَوَاز يُشْبِهُ الفَسَادَ فِي الوَضْع فَلا تَكُونُ صَحيحَةً، عَلى أَنَّهُ مُعَارَضٌ بأَنْ تُجْعَل الجَارِيَةُ التِي لَمْ يَشْتَرِهَا منْهُ فِي مُقَابَلة مائَة وَمائَتَيْن وَثَلاثمائَة أَوْ أَقَل أَوْ أَكْثَرَ فَتَتَعَدَّدُ جهَاتُ الجَوَاز. وَليْسَ البَعْضُ أَوْلى، وَبأَنَّ كُل جهَة تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ علةً للجَوَاز. فَاعْتبَارُ الجهَات فِي مُقَابَلة جهَة الجَوَاز مُرْبحَةٌ عَليْهَا تَرْجيحًا بكَثْرَة الأدلة وَهُوَ لا يَجُوزُ عَلى مَا عُرفَ. وَالأَوْلى أَنْ يُقَال: جهَاتُ الجَوَاز تَقْتَضيه وَجهَاتُ الفَسَاد تَقْتَضيه، وَالتَّرْجيحُ هُنَا للمُفْسد تَرْجيحٌ للمُحَرِم، وَلا يَسْرِي الفَسَادُ منْهَا إلى غَيْر المُشْتَرَاة لأَنَّ الفَسَادَ ضَعيفٌ فيهَا لأُمُور: إمَّا لأَنَّهُ مُجْتَهَدٌ فيه بخلاف الشَّافعيِّ المُتَقدِّم وَفيه نَظَرٌ، أَمَّا أَوَّلا فَلأَنَّ كَوْنَهُ مُجْتَهَدًا فيه إنْ كَانَ لخلاف الشَّافعيِّ فَلا يَكَادُ يَصِحُّ لأَنَّ خلافَ الشَّافعيِّ كَانَ بَعْدَ وَضْع المَسْأَلة فَكَيْفَ تُوضَعُ المَسْأَلةُ بنَاءً عَلى شَيْء لَمْ يَقَعْ بَعْدُ، وَلأَنَّ أَبَا حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ أَبْطَل إسْلامَ القُوهيَّة فِي القُوهيَّة وَالمَرْويَّة مَعَ أَنَّ فَسَادَ العَقْد بسَبَب الجنْسيَّة مُجْتَهَدٌ فيه، فَإِنَّهُ لوْ أَسْلمَ قُوهيًّا فِي قُوهيٍّ جَازَ عنْدَ الشَّافعيِّ، وَمَعَ ذَلكَ تَعَدَّى فَسَادُ ذَلكَ إلى المَقْرُون به وَهُوَ إسْلامُ القُوهيِّ فِي المَرْويِّ، وَإِمَّا لأَنَّ الفَسَادَ فِي المُشْتَرَاة باعْتبَار شُبْهَة الرِّبَا، فَلوْ اعْتَبَرْنَاهَا فِي التِي ضُمَّتْ إليْهَا كَانَ ذَلكَ اعْتبَارًا لشُبْهَة الشُّبْهَة وَهيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَة، وَبَيَانُهُ أَنَّ فِي المُشْتَرَاة شُبْهَةَ الرِّبَا أَنَّ فِي المَسْأَلة الأُولى إنَّمَا لَمْ يَصِحَّ شرَاءُ مَا بَاع بأَقَل ممَّا بَاعَ قَبْل نَقْد الثَّمَن لشُبْهَة الرِّبَا، لأَنَّ الأَلفَ وَإِنْ وَجَبَ للبَائع بالعَقْد الأَوَّل لكنَّهَا عَلى شَرَف السُّقُوط لاحْتمَال أَنْ يَجدَ المُشْتَرِي بهَا عَيْبًا فَيَرُدَّهَا فَيَسْقُطَ الثَّمَنُ عَنْ المُشْتَرِي وَبالبَيْع الثَّانِي يَقَعُ الأَمْنُ عَنْهُ فَيَصيرُ البَائعُ بالعَقْد الثَّانِي مُشْتَرِيًا أَلفًا بخَمْسمائَة منْ هَذَا الوَجْه، وَالشُّبْهَةُ مُلحَقَةٌ بالحَقيقَة فِي بَاب الرِّبَا، وَإِمَّا لأَنَّ الفَسَادَ طَارِئٌ لوَجْهَيْن:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ قَابَل الثَّمَنَ بالجَارِيَتَيْن وَهيَ مُقَابَلةٌ صَحيحَةٌ، إذْ لَمْ يُشْتَرَطْ فيهَا أَنْ

يَكُونَ بِإِزَاءِ مَا بَاعَهُ أَقَلُّ مِنْ الثَّمَنِ الأَوَّلِ، لكِنْ بَعْدَ ذَلكَ انْقَسَمَ الثَّمَنُ عَلى قِيمَتِهِمَا فَصَارَ البَعْضُ بِإِزَاءِ مَا بَاعَ وَالبَعْضُ بِإِزَاءِ مَا لمْ يُبَعْ فَفَسَدَ البَيْعُ فِيمَا بَاعَ.

وَلا شَكَّ فِي كَوْنِه طَارِئًا فَلا يَتَعَدَّى إلى الأُخْرَى. وَلا يُشْكِلُ بِمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ وَبَاعَهُمَا صَفْقَةً وَاحِدَةً فَإِنَّ المُفْسِدَ مُقَارِنٌ لأَنَّ قَبُول كُلٍّ مِنْهُمَا شَرْطٌ لصِحَّة العَقْدِ فِي الآخَرِ، وَالعَقْدُ جَائِزٌ فِي العَبْدِ لأَنَّ شَمْسَ الأَئِمَّة قَدْ قَال **البَيْعُ فِي المُدَبَّرِ** غَيْرُ فَاسِدٍ، وَلِهَذَا لوْ أَجَازَ القَاضِي بَيْعَهُ جَازَ، وَلكِنَّهُ غَيْرُ نَافِذٍ لحَقِّ المُدَبَّرِ وَذَلكَ لمَعْنًى فِيهِ لا فِي العَقْدِ فَلهَذَا لا يَتَعَدَّى إلى الآخَرِ.

وَالثَّانِي: المُقَاصَّةُ فَإِنَّهُ لمَّا بَاعَهَا بِأَلفٍ ثُمَّ اشْتَرَاهَا قَبْل نَقْدِ الثَّمَنِ بِخَمْسمائَة فَتَقَاصَّا خَمْسَمائَة بِخَمْسمائَة مِثْلهَا بَقِيَ للبَائِعِ خَمْسُمائَة أُخْرَى مَعَ الجَارِيَة، وَالمُقَاصَّةُ تَقَعُ عَقِيبَ وُجُوبِ الثَّمَنِ عَلى البَائِعِ بِالعَقْدِ الثَّانِي فَيَفْسُدُ عِنْدَهَا وَذَلكَ لا شَكَّ فِي طَرْدِهِ فَلا يَسْرِي إلى غَيْرِهَا.

قَال (وَمَن اشتَرَى زَيتًا عَلى أَن يَزِنَهُ بِظَرفِهِ فَيَطرحَ عَنهُ مَكَانَ كُل ظَرفٍ خَمسِينَ رَطلا فَهُوَ فَاسِدٌ، وَلو اشتَرَى عَلى أَن يَطرحَ عَنهُ بِوَزنِ الظَّرفِ جَازَ)؛ لأَنَّ الشَّرطَ الأَوَّل لا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَالثَّانِي يَقتَضِيهِ. قَال (وَمَن اشتَرَى سَمنًا فِي زِقٍّ فَرَدَّ الظَّرفَ وَهُوَ عَشَرَةُ أَرطَالٍ) فَقَال البَائِعُ الزِّقُّ غَيرُ هَذَا وَهُوَ خَمسَةُ أَرطَالٍ فَالقَولُ قَولُ المُشتَرِي، لأَنَّهُ إن اُعتُبِرَ اختِلافًا فِي تَعيِينِ الزِّقِّ المَقبُوضِ فَالقَولُ قَولُ القَابِضِ ضَمِينًا كَانَ أَو أَمِينًا، وَإِن اُعتُبِرَ اختِلافًا فِي السَّمنِ فَهُوَ فِي الحَقِيقَةِ اختِلافٌ فِي الثَّمَنِ فَيَكُونُ القَولُ قَول المُشتَرِي؛ لأَنَّهُ يُنكِرُ الزِّيَادَةَ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى زَيْتًا عَلى أَنْ يَزِنَهُ بِظَرْفِه إلخْ) **اشْتَرَى زَيْتًا عَلى أَنْ يَزِنَهُ وَيَطْرَحَ عَنْهُ مَكَانَ كُل ظَرْفٍ خَمْسِينَ رِطْلا** فَهُوَ فَاسِدٌ، فَإِنَّهُ شَرْطٌ مَا لا يَقْتَضِيه العَقْدُ، فَإِنَّ مُقْتَضَاهُ أَنْ يُطْرَحَ عَنْهُ دُونَ الظَّرْفِ مَا يُوجَدُ وَعَسَى يَكُونُ وَزْنُهُ أَقَل مِنْ ذَلكَ أَوْ أَكْثَرَ فَشَرْطُ مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ مُخَالفٌ لمُقْتَضَاهُ، وَإِنْ اشْتَرَى عَلى أَنْ يَزِنَ وَيُطْرَحَ عَنْهُ بِوَزْنِ الظَّرْفِ جَازَ لكَوْنِه مُوَافِقًا لمُقْتَضَاهُ. قَال (وَمَنْ اشْتَرَى سَمْنًا فِي زِقٍّ إلخْ) وَمَنْ اشْتَرَى سَمْنًا فِي زِقٍّ وَرُدَّ الظَّرْفُ فَوُزِنَ فَجَاءَ عَشَرَةَ أَرْطَالٍ فَقَال البَائِعُ الزِّقُّ غَيْرُ هَذَا

وَهُوَ خَمْسَةُ أَرْطَالٍ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي، لأَنَّ هَذَا الاخْتِلافَ إِمَّا أَنْ يُعْتَبَرَ فِي تَعْيِينِ الزِّقِّ المَقْبُوضِ أَوْ فِي مِقْدَارِ السَّمْنِ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَالمُشْتَرِي قَابِضٌ (وَالقَوْلُ قَوْلُ القَابِضِ ضَمِينًا) كَانَ كَالغَاصِبِ (أَوْ أَمِينًا) كَالمُودَعِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ فِي الحَقِيقَةِ اخْتِلافٌ فِي الثَّمَنِ (فَيَكُونُ القَوْلُ لِلمُشْتَرِي لأَنَّهُ يُنْكِرُ الزِّيَادَةَ) وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مَعَ يَمِينِه. فَإِنْ قِيلَ: الاخْتِلافُ فِي الثَّمَنِ يُوجِبُ التَّحَالُفَ فَمَا وَجْهُ العُدُولِ إلى الحَلفِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّهُ يُوجِبُهُ إِذَا كَانَ قَصْدًا وَهَذَا ضِمْنِيٌّ لِوُقُوعِهِ فِي ضِمْنِ الاخْتِلافِ فِي الزِّقِّ.

وَالفِقْهُ فِيهِ أَنَّ الاخْتِلافَ الابْتِدَائِيَّ فِي الثَّمَنِ إِنَّمَا يُوجِبُ التَّحَالُفَ ضَرُورَةَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ عَقْدًا آخَرَ، وَأَمَّا الاخْتِلافُ بِنَاءً عَلَى اخْتِلافِهِمَا فِي الزِّقِّ فَلا يُوجِبُ اخْتِلافَهُمَا فِي العَقْدِ فَلا يُوجِبُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا أَمَرَ المُسلمُ نَصرَانِيًّا بِبَيعِ خَمرٍ أَو شِرَائِهَا فَفَعَلَ جَازَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالا لا يَجُوزُ عَلَى المُسلمِ) وَعَلَى هَذَا الخِلافِ الخِنزِيرُ، وَعَلَى هَذَا تَوكِيلُ المُحرِمِ غَيرَهُ بِبَيعِ صَيدِهِ. لَهُمَا أَنَّ المُوَكِّلَ لا يَلِيهِ فَلا يُوَلِّيهِ غَيرَهُ؛ وَلأَنَّ مَا يَثبُتُ لِلوَكِيلِ يَنتَقِلُ إلى المُوَكِّلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ بِنَفسِهِ فَلا يَجُوزُ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ العَاقِدَ هُوَ الوَكِيلُ بِأَهلِيَّتِهِ وَوِلايَتِهِ، وَانتِقَالُ المِلكِ إلى الآمِرِ أَمرٌ حُكمِيٌّ فَلا يَمتَنِعُ بِسَبَبِ الإِسلامِ كَمَا إِذَا وَرِثَهُمَا، ثُمَّ إِن كَانَ خَمراً يُخَلِّلُهَا وَإِن كَانَ خِنزِيراً يُسَيِّبُهُ.

الشرح:

قَال (وَإِذَا **أَمَرَ المُسْلمُ نَصْرَانِيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ شِرَائِهَا فَفَعَل** جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَة خِلافًا لَهُمَا) وَحُكْمُ التَّوْكِيل فِي الخِنْزِيرِ وَتَوْكِيل المُحْرِمِ حَلالا بِبَيْعِ صَيْدِه عَلى هَذَا الخِلافِ قَالا: المُوَكِّلُ لا يَلِي هَذَا التَّصَرُّفَ فَلا يُوَلِّي غَيْرَهُ كَتَوْكِيل المُسْلمِ مَجُوسِيًّا بِتَزْوِيجِ مَجُوسِيَّة.

وَلأَنَّ مَا يَثْبُتُ لِلوَكِيل يَنْتَقِلُ إِلى المُوَكِّل فَصَارَ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ بِنَفْسِه، وَلوْ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَجُزْ فَكَذَا التَّوْكِيلُ بِه. وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ: المُعْتَبَرُ فِي هَذَا البَابِ أَهْلِيَّتَانِ: أَهْلِيَّةُ الوَكِيل وَأَهْلِيَّةُ المُوَكِّل، فَالأُولى أَهْلِيَّةُ العَاقِدِ وَهِيَ أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ فِي المَأْمُورِ بِه وَلِلنَّصْرَانِيِّ ذَلكَ، وَالثَّانِيَةُ أَهْلِيَّةُ ثُبُوتِ الحُكْمِ لهُ وَلِلمُوَكِّل ذَلكَ حُكْمًا لِلعَقْد لِئَلا يَلزَمَ انْفِكَاكُ المَلزُومِ عَنْ اللازِمِ، أَلا تَرَى إِلى صِحَّةِ ثُبُوتِ مِلكِ الخَمْرِ لِلمُسْلمِ إِرْثًا إِذَا أَسْلمَ

مُوَرِّثُهُ النَّصْرَانِيُّ وَمَاتَ عَنْ خَمْرٍ وَخِنْزِيرٍ.

لا يُقَالُ: الوَارِثَةُ أَمْرٌ جَبْرِيٌّ وَالتَّوْكِيلُ اخْتِيَارِيٌّ فَأَنَّى يَتَشَابَهَانِ، لأَنَّ ثُبُوتَ الحُكْمِ: أَعْنِي المِلكَ لِلمُوَكِّلِ بَعْدَ تَحَقُّقِ العلة: أَعْنِي مُبَاشَرَةَ الوَكِيلِ جَبْرِيٌّ كَذَلِكَ تَثْبُتُ بِدُونِ اخْتِيَارِهِ كَمَا فِي المَوْتِ، أَلا تَرَى أَنَّ المَأْذُونَ لهُ النَّصْرَانِيَّ إِذَا اشْتَرَى خَمْرًا يَثْبُتُ المِلكُ فِيهَا لِمَوْلاهُ المُسْلِمِ بِالاتِّفَاقِ، وَإِذَا ثَبَتَتْ الأَهْلِيَّتَانِ لَمْ يَمْتَنِعْ العَقْدُ بِسَبَبِ الإِسْلامِ لأَنَّهُ جَالِبٌ لا سَالِبٌ، ثُمَّ المُوَكِّلُ بِهِ إِنْ كَانَ خَمْرًا خَلَّلَهَا، وَإِنْ كَانَ خِنْزِيرًا سَيَّبَهُ، لكِنْ قَالُوا: هَذِهِ الوَكَالَةُ مَكْرُوهَةٌ أَشَدَّ كَرَاهَةٍ، وَقَوْلُهُمَا المُوَكِّلُ لا يَلِيهِ فَلا يُوَلِّيهِ غَيْرَهُ مَنْقُوضٌ بِالوَكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ إِذَا وَكَّلَ آخَرَ بِشِرَائِهِ لِنَفْسِهِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ المِلكُ لِلوَكِيلِ الأَوَّلِ وَهُوَ بِنَفْسِهِ لا يَلِي الشِّرَاءَ لِنَفْسِهِ وَبِالقَاضِي إِذَا أَمَرَ ذِمِّيًّا بِبَيْعِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ خَلَفَهُ ذِمِّيٌّ آخَرُ وَهُوَ لا يَلِي التَّصَرُّفَ بِنَفْسِهِ، وَبِالذِّمِّيِّ إِذَا أَوْصَى لِمُسْلِمٍ وَقَدْ تَرَكَهُمَا فَإِنَّ الوَصِيَّ يُوَكِّلُ ذِمِّيًّا بِالبَيْعِ وَالقِسْمَةِ وَهُوَ لا يَلِي ذَلِكَ بِنَفْسِهِ.

وَالقِيَاسُ عَلَى تَزْوِيجِ المَجُوسِيِّ مَدْفُوعٌ، فَإِنَّ حُقُوقَ العَقْدِ فِي النِّكَاحِ تَرْجِعُ إِلَى المُوَكِّلِ وَالوَكِيلُ سَفِيرٌ لا غَيْرُ.

قَال (وَمَن بَاعَ عَبدًا عَلَى أَن يُعتِقَهُ المُشتَرِي أَو يُدَبِّرَهُ أَو يُكَاتِبَهُ أَو أَمَةً عَلَى أَن يَستَولِدَهَا فَالبَيعُ فَاسِدٌ)؛ لأَنَّ هَذَا بَيعٌ وَشَرطٌ وَقَد نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَن بَيعٍ وَشَرطٍ[1]. ثُمَّ جُملَةُ المَذهَبِ فِيهِ أَن يُقَال: كُلُّ شَرطٍ يَقتَضِيهِ العَقدُ كَشَرطِ المِلكِ لِلمُشتَرِي لا يُفسِدُ العَقدَ لِثُبُوتِهِ بِدُونِ الشَّرطِ، وَكُلُّ شَرطٍ لا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ أَو لِلمَعقُودِ عَلَيهِ وَهُوَ مِن أَهلِ الاستِحقَاقِ يُفسِدُهُ كَشَرطِ أَن لا يَبِيعَ المُشتَرِي العَبدَ المَبِيعَ؛ لأَنَّ فِيهِ زِيَادَةً عَارِيَةً عَن العِوَضِ فَيُؤَدِّي إِلى الرِّبَا، أَو؛ لأَنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ المُنَازَعَةُ فَيَعرَى العَقدُ عَن مَقصُودِهِ إِلا أَن يَكُونَ مُتَعَارَفًا؛ لأَنَّ العُرفَ قَاضٍ عَلَى القِيَاسِ، وَلَو كَانَ لا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَلا مَنفَعَةَ فِيهِ لأَحَدٍ لا يُفسِدُهُ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِن المَذهَبِ كَشَرطِ أَن لا يَبِيعَ المُشتَرِي الدَّابَّةَ المَبِيعَةَ لأَنَّهُ انعَدَمَت المُطَالَبَةُ فَلا يُؤَدِّي إِلى الرِّبَا، وَلا إِلى المُنَازَعَةِ. إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ: إِنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ لا يَقتَضِيهَا العَقدُ؛ لأَنَّ قَضِيَّتَهُ الإِطلاقُ فِي التَّصَرُّفِ وَالتَّخيِيرُ لا الإِلزَامُ حَتمًا، وَالشَّرطُ يَقتَضِي ذَلكَ وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لِلمَعقُودِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٠٤)، والنسائي (٤٣١٦)، والترمذي (١٢٣٤).

عليه، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ وَإِن كَانَ يُخَالِفُنَا فِي العِتقِ وَيَقِيسُهُ على بَيعِ العَبدِ نَسَمَةً فَالحُجَّةُ عليه مَا ذَكَرنَاهُ، وَتَفسِيرُ المَبِيعِ نَسَمَةً أَن يُبَاعَ مِمَّن يَعلمُ أَنَّهُ يُعتِقُهُ لا أَن يَشتَرِطَ فِيهِ، فَلو أَعتَقَهُ المُشتَرِي بَعدَمَا اشتَرَاهُ بِشَرطِ العِتقِ صَحَّ البَيعُ حَتَّى يَجِبَ عليه الثَّمَنُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالا: يَبقَى فَاسِدًا حَتَّى يَجِبَ عَليهِ القِيمَةُ؛ لأَنَّ البَيعَ قَد وَقَعَ فَاسِدًا فَلا يَنقَلِبُ جَائِزًا كَمَا إذَا تَلفَ بِوَجهٍ آخَرَ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ شَرطَ العِتقِ مِن حَيثُ ذَاتِهِ لا يُلائِمُ العَقدَ عَلى مَا ذَكَرنَاهُ، وَلَكِن مِن حَيثُ حُكمِهِ يُلائِمُهُ؛ لأَنَّهُ مِنهُ للمِلكِ وَالشَّيءُ بِانتِهَائِهِ يَتَقَرَّرُ، وَلِهَذَا لا يَمنَعُ العِتقُ الرُّجُوعَ بِنُقصَانِ العَيبِ، فَإِذَا تَلفَ مِن وَجهٍ آخَرَ لم تَتَحَقَّق المُلاءَمَةُ فَيَتَقَرَّرُ الفَسَادُ، وَإِذَا وُجِدَ العِتقُ تَحَقَّقَت المُلاءَمَةُ فَيُرَجَّحُ جَانِبُ الجَوَازِ فَكَانَ الحَالُ قَبل ذَلكَ مَوقُوفًا. قَال (وَكَذَلكَ لو بَاعَ عَبدًا عَلى أَن يَستَخدِمَهُ البَائِعُ شَهرًا أَو دَارًا عَلى أَن يَسكُنَهَا أَو عَلى أَن يُقرِضَهُ المُشتَرِي دِرهَمًا أَو عَلى أَن يُهدِيَ لهُ هَدِيَّةً)؛ لأَنَّهُ شَرطٌ لا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ؛ وَلأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن بَيعٍ وَسَلَفٍ؛ وَلأَنَّهُ لو كَانَ الخِدمَةُ وَالسُّكنَى يُقَابِلُهُمَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ يَكُونُ إجَارَةً فِي بَيعٍ، وَلو كَانَ لا يُقَابِلُهُمَا يَكُونُ إعَارَةً فِي بَيعٍ. «وَقَد نَهَى النَّبِيُّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَن صَفقَتَينِ فِي صَفقَةٍ».

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يُعْتِقَهُ الْمُشْتَرِي) شَرَعَ فِي بَيَانِ الفَسَادِ الوَاقِعِ فِي العَقْدِ بِسَبَبِ الشَّرْطِ وَذَكَرَ أَصْلا جَامِعًا لِفُرُوعِ أَصْحَابِنَا. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ الشَّرْطَ يَنْقَسِمُ أَوَّلا إلى مَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَهُوَ الذي يُفِيدُ مَا يَثْبُتُ بِمُطْلَقِ العَقْدِ كَشَرْطِ الملكِ للمُشْتَرِي وَشَرْطِ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ أَوْ المَبِيعِ، وَإِلى مَا لا يَقْتَضِيهِ وَهُوَ مَا كَانَ بِخِلافِ ذَلِكَ، وَهَذَا يَنْقَسِمُ إلى مَا كَانَ مُتَعَارَفًا وَإِلى مَا لَيْسَ كَذَلِكَ، وَهَذَا يَنْقَسِمُ إلى مَا فِيهِ مَنْفَعَةٌ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ وَإِلى مَا لَيْسَ فِيهِ ذَلِكَ، وَهَذَا يَنْقَسِمُ إلى مَا فِيهِ مَنْفَعَةٌ لِلمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الاسْتِحْقَاقِ وَإِلى مَا هُوَ بِخِلافِهِ، فَفِي القِسْمِ الأَوَّلِ جَازَ البَيْعُ وَالشَّرْطُ يَزِيدُهُ وَكَادَةً.

لا يُقَالُ: نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ وَهُوَ بِإِطْلاقِهِ يَقْتَضِي عَدَمَ جَوَازِهِ لأَنَّهُ فِي الحَقِيقَةِ لَيْسَ بِشَرْطٍ حَيْثُ أَفَادَ مَا أَفَادَهُ العَقْدُ الْمُطْلَقُ. وَفِي الأَوَّلِ مِنْ القِسْمِ الثَّانِي وَهُوَ مَا كَانَ مُتَعَارَفًا كَبَيْعِ النَّعْلِ مَعَ شَرْطِ التَّشْرِيكِ كَذَلِكَ، لأَنَّ الثَّابِتَ بِالعُرْفِ قَاضٍ عَلَى القِيَاسِ.

لا يُقَالُ: فَسَادُ البَيْعِ شَرْطٌ ثَابِتٌ بِالحَدِيثِ وَالعُرْفُ لَيْسَ بِقَاضٍ عَلَيْهِ، لأَنَّهُ

مَعْلُولٌ بِوُقُوعِ النِّزَاعِ المُخرِجِ للعَقْدِ عَنْ المَقْصُودِ بِهِ وَهُوَ قَطْعُ المُنَازَعَةِ وَالعُرْفُ يَنْفِي النِّزَاعَ فَكَانَ مُوَافِقًا لِمَعْنَى الحَدِيثِ، فَلَمْ يَبْقَ مِنْ المَوَانِعِ إلا القِيَاسُ عَلَى مَا لا عُرْفَ فِيهِ بِجَامِعِ كَوْنِهِ شَرْطًا، وَالعُرْفُ قَاضٍ عَلَيْهِ، وَفِيمَا إذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَارَفًا وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ كَبَيْعِ عَبْدٍ بِشَرْطِ اسْتِخْدَامِ البَائِعِ مُدَّةً يَكُونُ العَقْدُ فَاسِدًا لِوَجْهَيْنِ لأَنَّ فِيهِ زِيَادَةً عَارِيَّةً عَنْ العِوَضِ، لأَنَّهُمَا لَمَّا قَصَدَا المُقَابَلَةَ بَيْنَ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ خَلا الشَّرْطُ عَنْ العِوَضِ وَهُوَ الرِّبَا. لا يُقَالُ: لا تُطْلَقُ الزِّيَادَةُ إلا عَلَى المُجَانِسِ لِلْمَزِيدِ عَلَيْهِ وَالمَشْرُوطُ مَنْفَعَةٌ فَكَيْفَ يَكُونُ رِبًا لأَنَّهُ مَالٌ جَازَ أَخْذُ العِوَضِ عَلَيْهِ وَلَمْ يُعَوَّضْ عَنْهُ بِشَيْءٍ فَكَانَ رِبًا، وَلأَنَّهُ يَقَعُ بِسَبَبِهِ المُنَازَعَةُ فِي مَقْصُودِهِ فَيَعْرَى العَقْدُ عَنْ مَقْصُودِهِ مِنْ قَطْعِ النِّزَاعِ لِمَا عُرِفَ فِي بَيَانِ أَسْبَابِ الشَّرَائِعِ وَفِيمَا إذَا كَانَ فِيهِ مَنْفَعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَشَرْطِ أَنْ لا يَبِيعَ المُشْتَرِي العَبْدَ المَبِيعَ، فَإِنَّ العَبْدَ يُعْجِبُهُ أَنْ لا تَتَدَاوَلَهُ الأَيْدِي وَتَمَامُ العَقْدِ بِالمَعْقُودِ عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كَانَ البَيْعُ بَاطِلا فَاشْتِرَاطُ مَنْفَعَتِهِ كَاشْتِرَاطِ مَنْفَعَةِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ فَهُوَ فَاسِدٌ بِالوَجْهَيْنِ، وَفِيمَا إذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَنْفَعَةٌ لأَحَدٍ فَالبَيْعُ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، كَشَرْطِ أَنْ لا يَبِيعَ الدَّابَّةَ المَبِيعَةَ لأَنَّهُ لا مُطَالِبَ لَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ فَلا يُؤَدِّي إلى الرِّبَا وَلا إلى المُنَازَعَةِ، فَكَانَ الشَّرْطُ لَغْوًا وَهُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ.

وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَبْطُلُ البَيْعُ بِهِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي آخِرِ المُزَارَعَةِ لِتَضَرُّرِ المُشْتَرِي بِهِ مِنْ حَيْثُ إنَّهُ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ، وَالشَّرْطُ الذي فِيهِ ضَرَرٌ كَالشَّرْطِ الذي فِيهِ مَنْفَعَةٌ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ. وَالجَوَابُ أَنَّ المُعْتَبَرَ المُطَالَبَةُ وَهِيَ تَتَوَجَّهُ بِالمَنْفَعَةِ فِي الشَّرْطِ دُونَ الضَّرَرِ. وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ظَهَرَ أَنَّ بَيْعَ العَبْدِ بِشَرْطِ أَنْ يُعْتِقَهُ المُشْتَرِي أَوْ يُدَبِّرَهُ أَوْ يُكَاتِبَهُ أَوْ أَمَةً عَلَى أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا المُشْتَرِي فَاسِدٌ لأَنَّهَا شُرُوطٌ لا يَقْتَضِيهَا العَقْدُ وَفِيهَا مَنْفَعَةٌ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، لأَنَّ قَضِيَّتَهُ الإِطْلاقُ فِي التَّصَرُّفِ وَالتَّخَيُّرُ لا الإِلْزَامُ، وَالشَّرْطُ يَقْتَضِي الإِلْزَامَ حَتْمًا، وَالمُنَافَاةُ بَيْنَهُمَا ظَاهِرَةٌ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا مِنْ العَقْدِ وَالشَّرْطِ أَوْلَى بِالعَمَلِ مِنْ الآخَرِ فَعَمِلْنَا بِهِمَا، وَقُلْنَا إنَّهُ فَاسِدٌ وَالفَاسِدُ مَا يَكُونُ مَشْرُوعًا بِأَصْلِهِ غَيْرَ مَشْرُوعٍ بِوَصْفِهِ فَبِالنَّظَرِ إلى وُجُودِ رُكْنِ العَقْدِ كَانَ مَشْرُوعًا، وَبِالنَّظَرِ إلى عُرُوضِ الشَّرْطِ كَانَ غَيْرَ مَشْرُوعٍ فَكَانَ فَاسِدًا.

وَلا خِلافَ فِي هَذِهِ الجُمْلَةِ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الشَّافِعِيِّ إلا فِي البَيْعِ بِشَرْطِ العِتْقِ فِي قَوْلٍ

فَإِنَّهُ يُجَوِّزُهُ وَيَقِيسُهُ عَلَى بَيْعِ العَبْدِ نَسَمَةً، وَفَسَّرَهُ فِي المَبْسُوطِ بِالبَيْعِ بِشَرْطِ العِتْقِ، وَفَسَّرَهُ المُصَنِّفُ بِأَنْ يُبَاعَ مِمَّنْ يُعْلَمُ أَنَّهُ يُعْتِقُهُ لا أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ تَفْسِيرُهُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ صَحَّ قَوْلُهُ يَقِيسُهُ لأَنَّهُمَا غَيْرَانِ فَيَصِحُّ قِيَاسُ أَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ إِنْ ظَهَرَ جَامِعٌ، وَإِنْ كَانَ تَفْسِيرُهُ عِنْدَهُ مَا ذَكَرَهُ فِي المَبْسُوطِ فَلا بُدَّ أَنْ يُفَسَّرَ قَوْلُ المُصَنِّفِ يَقِيسُهُ بِيَلحَقُهُ بِدَلالَةِ النَّصِّ لِئَلا يَلزَمَ قِيَاسُ الشَّيْءِ عَلَى نَفْسِه.

وَبَيَانُ إِلحَاقِه بِالدَّلالَةِ أَنَّ بَيْعَ العَبْدِ نَسَمَةً عَلَى ذَلِكَ التَّفْسِيرِ ثَبَتَ بِحَدِيثِ بَرِيرَةَ، إِذْ جَاءَتْ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا تَسْتَعِينُهَا فِي المُكَاتَبَةِ فَقَالَتْ: إِنْ شِئْتِ عَدَدْتُهَا لأَهْلِكِ وَأَعْتَقْتُكِ، فَرَضِيَتْ بِذَلِكَ فَاشْتَرَاهَا وَأَعْتَقَهَا. وَإِنَّمَا اشْتَرَتْهَا بِشَرْطِ العِتْقِ وَقَدْ أَجَازَ ذَلِكَ رَسُولُ اللهِ ﷺ، وَغَيْرُهَا فِي مَعْنَاهَا فِي هَذَا الشَّرْطِ فَأُلحِقَ بِهِ دَلالَةً وَإِنَّمَا عَبَّرَ المُصَنِّفُ عَنْ الدَّلالَةِ بِالقِيَاسِ لأَنَّهَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ قِيَاسٌ جَلِيٌّ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الأُصُولِ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ الحَدِيثِ وَالمَعْقُولِ. فَالحَدِيثُ «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ». رَوَاهُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ.

وَالمَعْقُولُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ وُقُوعِ المُنَازَعَةِ بِسَبَبِ ذَلِكَ الشَّرْطِ وَكَوْنِه مُخَالِفًا لِمُقْتَضَى العَقْدِ. وَالجَوَابُ عَنْ حَدِيثِ بَرِيرَةَ أَنَّ تَفْسِيرَ النَّسَمَةِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَلَيْسَ فِيهِ اشْتِرَاطُ العِتْقِ فِي العَقْدِ. وَعَائِشَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ مُطْلَقًا وَوَعَدَتْ لَهَا أَنْ تُعْتِقَهَا لِتَرْضَى بِذَلِكَ، فَإِنَّ بَيْعَ المُكَاتَبَةِ لا يَجُوزُ بِدُونِ رِضَاهَا. النَّسَمَةُ مِنْ نَسِيمِ الرِّيحِ، وَسُمِّيَتْ بِهَا النَّفْسُ، وَانْتِصَابُ قَوْلِه نَسَمَةً عَلَى الحَالِ عَلَى مَعْنَى مُعَرَّضًا لِلعِتْقِ.

وَإِنَّمَا صَحَّ هَذَا لأَنَّهُ لَمَّا كَثُرَ ذِكْرُهَا فِي بَابِ العِتْقِ خُصُوصًا فِي قَوْلِه عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**فُكَّ رَقَبَةً وَأَعْتِقْ نَسَمَةً**» صَارَتْ كَأَنَّهَا اسْمٌ لِمَا هُوَ بِعَرَضِ العِتْقِ فَعُومِلَتْ مُعَامَلَةَ الأَسْمَاءِ المُتَضَمِّنَةِ لِمَعْنَى الأَفْعَالِ. كَذَا فِي المُغْرِبِ. فَإِنْ وَفَّى بِالشَّرْطِ وَأَعْتَقَ بَعْدَمَا اشْتَرَاهُ صَحَّ البَيْعُ وَيَجِبُ الثَّمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالا: يَبْقَى فَاسِدًا كَمَا كَانَ فَوَجَبَتْ عَلَيْهِ القِيمَةُ لأَنَّ البَيْعَ قَدْ وَقَعَ فَاسِدًا فَلا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. كَمَا إِذَا تَلِفَ بِوَجْه آخَرَ كَالقَتْلِ وَالمَوْتِ وَالبَيْعِ، وَكَمَا إِذَا بَاعَ بِشَرْطِ التَّدْبِيرِ وَالاسْتِيلادِ وَالكِتَابَةِ وَقَدْ وَفَّى المُشْتَرِي بِمَا شَرَطَ أَوْ لَمْ يَفِ فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ بِالقِيمَةِ اعْتِبَارًا لِحَقِيقَةِ الحُرِّيَّةِ بِحَقِّ الحُرِّيَّةِ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ شَرْطَ العِتْقِ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهُ لا يُلائِمُ العَقْدَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ) مِنْ تَقْيِيدِ

التَّصرُّف به المُغَايِرِ للإِطْلاق (وَلكِنْ مِنْ حَيْثُ حُكْمُهُ يُلائِمُهُ لأَنَّهُ مِنْهُ للملك وَالمَنْهِيُّ للشَّيْءِ مُقَرِّرٌ لهُ، أَلا تَرَى أَنَّ العتْقَ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِنُقْصَانِ العَيْبِ) فَبالنَّظَرِ إلى الجهَتَيْنِ تَوَقَّفَتْ الحَالُ بَيْنَ بَقَائه فَاسدًا كَمَا كَانَ وَبَيْنَ أَنْ يَنْقَلبَ جَائزًا بِوُجُود الشَّرْط (فَإذَا وُجدَ فَقَدْ تَحقَّقَتْ المُلاءَمَةُ فَيُرَجَّحُ جَانبُ الجَوَاز) عَمَلا بالدَّليلَيْنِ. وَتَأَمَّلْ حَقَّ التَّأَمُّل تَخْلُصُ مِنْ وَرْطَة شُبْهَة لا تَكَادُ تَنْحَلُّ، وَهِيَ أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ فِي نَفْسه إمَّا أَنْ يَكُونَ فَاسدًا أَوْ لا، فَإنْ كَانَ الأَوَّلُ فَتَحْقيقُهُ يُقَرِّرُ الفَسَادَ لئَلا يَلزَمَ فَسَادُ الوَضْعِ، وَإنْ كَانَ الثَّاني كَانَ العَقْدُ بِهِ فِي الابْتدَاء جَائزًا، وَذَلكَ لأَنَّهُ فَاسدٌ مِنْ حَيْثُ الذَّاتُ وَالصُّورَةُ لعَدَمِ المُلاءَمَة جَائزٌ مِنْ حَيْثُ الحُكْمُ، فَقُلنَا بالفَسَاد فِي الابْتدَاء عَمَلا بالذَّات وَالصُّورَة.

وَبالجَوَازِ عِنْدَ الوَفَاء عَمَلا بالحُكْمِ وَالمَعْنَى، وَلَمْ نَعْكسْ لأَنَّا لَمْ نَجدْ جَائزًا يَنْقَلبُ فَاسدًا وَوَجَدْنَا فَاسدًا يَنْقَلبُ جَائزًا كَالبَيْعِ بالرَّقْمِ، بخلاف مَا إذَا أَتْلفَهُ بوَجْه آخرَ فَإنَّهُ لَمْ يَنْقَلبْ جَائزًا لعَدَمِ تَحقُّقِ الشَّرْط وَالكَلامُ فيه فَتَقَرَّرَ الفَسَادُ. وَبخلاف التَّدْبير وَالاسْتيلاد وَالكتَابَة. فَإنَّ الملكَ لا يَنْتَهي بهَا بيَقين لاحْتمَال القَضَاء القَاضي بجَوَاز بَيْع المُدَبَّر وَأُمِّ الوَلَد، وَالمُكَاتَبُ مُخَيَّرٌ فِي الإجَارَة، وَالإنْهَاءُ إنَّمَا يَتَحقَّقُ إذَا وَقَعَ الأَمْنُ عَنْ الزَّوَال منْ ملك المُشْتَري إلى ملك غَيْره كَمَا فِي الإعْتَاق وَالمَوْت. قَال (وَكَذَلكَ إذَا بَاعَ عَبْدًا عَلى أَنْ يَسْتَخْدمَهُ البَائعُ شَهْرًا إلخ) البَيْعُ بهَذه الشُّرُوط فَاسدٌ، لأَنَّهَا شُرُوطٌ لا يَقْتَضيهَا العَقْدُ وَفيه مَنْفَعَةٌ لأَحَد المُتَعَاقدَيْنِ، وَلَمْ يُسْتَدَل بالحَديث لأَنَّ المُرَادَ به هَذَا المَذْكُورُ.

وَإنَّمَا قَال عَلى أَنْ يُقرضَهُ المُشْتَري درْهَمًا احْترَازًا عَمَّا إذَا قَال بعْتُك هَذه الدَّارَ عَلى أَنْ يُقرضَني فُلانٌ الأَجْنَبيُّ أَلفَ درْهَمٍ فَقَبلَهُ المُشْتَري صَحَّ البَيْعُ لأَنَّهَا لَمْ تَلزَمْ الأَجْنَبيَّ لا ضَمَانًا عَنْ المُشْتَري لأَنَّهَا لَيسَتْ فِي ذمَّته فَيَتَحمَّلُهَا الكَفيلُ، وَلا زِيَادَةَ فِي الثَّمَنِ لأَنَّهُ لَمْ يَقُل عَلى أَنِّي ضَامنٌ، بخلاف اشْترَاط الإقْرَاضِ عَلى المُشْتَري " لأَنَّ النَّبيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَسَلَف» وَأَيْضًا اشْترَاطُ الخدْمَة وَالسُّكْنَى يَسْتَلزمُ صَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَة[1] كَمَا ذَكَرَهُ فِي المَتْنِ.

قَال (وَمَن بَاعَ عَينًا عَلى أَن لا يُسلمَهُ إلى رَأسِ الشَّهرِ فَالبَيعُ فَاسدٌ)؛ لأَنَّ الأَجَل فِي المَبِيعِ العَينِ بَاطِلٌ فَيَكُونُ شَرطًا فَاسِدًا، وَهَذَا؛ لأَنَّ الأَجَل شُرعَ تَرفِيهًا فَيَلِيقُ بِالدُّيُونِ دُونَ الأَعيَانِ.

---

(١) أخرجه أحمد (١/٣٩٨)، وانظر نصب الراية (٤/٤٦).

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ عَيْنًا عَلى أَنْ لا يُسلمَهَا إلى رَأْسِ الشَّهْرِ إلخْ) الأَجَلُ فِي المَبيعِ العَيْنِ بَاطِلٌ لإِفْضَائه إلى تَحْصِيل الحَاصِل فَإِنَّهُ شُرِعَ تَرْفيهًا فِي تَحْصِيله بِاتِّسَاعِ المُدَّة، فَإِذَا كَانَ المَبِيعُ أَوْ الثَّمَنُ حَاصِلا كَانَ الأَجَلُ لتَحْصِيل الحَاصِل، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالعَيْنِ احْتِرَازًا عَنْ السَّلمِ فَإِنَّ تَرْكَ أَجَلٍ فِيهِ مُفْسِدٌ للحَاجَة إلى التَّحْصِيل.

قَال (وَمَن اشتَرَى جَارِيَةً إلا حَملهَا فَالبَيعُ فَاسِدٌ) وَالأَصلُ أَنَّ مَا لا يَصِحُّ إفرَادُهُ بِالعَقدِ لا يَصِحُّ استِثنَاؤُهُ مِن العَقدِ، وَالحَملُ مِن هَذَا القَبِيل، وَهَذَا؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ أَطرَافِ الحَيَوَانِ لاتِّصَاله بِهِ خِلقَةً وَبَيعُ الأَصل يَتَنَاوَلُهُمَا فَالاستِثنَاءُ يَكُونُ عَلى خِلافِ المُوجِبِ فَلا يَصِحُّ فَيَصِيرُ شَرطًا فَاسِدًا، وَالبَيعُ يَبطُلُ بِهِ وَالكِتَابَةُ وَالإِجَارَةُ وَالرَّهنُ بِمَنزِلَةِ البَيعِ؛ لأَنَّهَا تُبطِلُ الشُّرُوطَ الفَاسِدَةَ، غَيرَ أَنَّ المُفسِدَ فِي الكِتَابَةِ مَا يَتَمَكَّنُ فِي صُلبِ العَقدِ مِنهَا، وَالهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالنِّكَاحُ وَالخُلعُ وَالصُّلحُ عَن دَمِ العَمدِ لا تَبطُلُ بِاستِثنَاءِ الحَمل، بَل يَبطُلُ الاستِثنَاءُ؛ لأَنَّ هَذِهِ العُقُودَ لا تُبطِلُ الشُّرُوطَ الفَاسِدَةَ، وَكَذَا الوَصِيَّةُ لا تَبطُلُ بِهِ، لكِن يَصِحُّ الاستِثنَاءُ حَتَّى يَكُونَ الحَملُ مِيرَاثًا وَالجَارِيَةُ وَصِيَّةً؛ لأَنَّ الوَصِيَّةَ أُختُ المِيرَاثِ وَالمِيرَاثُ يَجرِي فِيمَا فِي البَطنِ، بِخِلافِ مَا إذَا استَثنَى خِدمَتَهَا؛ لأَنَّ المِيرَاثَ لا يَجرِي فِيهَا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً إلا حَمْلهَا إلخْ). ذَكَرَ فِي هَذَا المَوْضِعِ العَقْدَ المُسْتَثْنَى مِنْهُ وَهُوَ ثَلاثَةُ أَقْسَامٍ: الأُولى مَا فَسَدَ فِيه العَقْدُ وَالاسْتِثْنَاءُ وَالثَّانِي مَا صَحَّ فِيه العَقْدُ وَبَطَل الاسْتِثْنَاءُ. وَالثَّالثُ مَا صَحَّ فِيه كِلاهُمَا.

أَمَّا الأَوَّلُ فَكَالبَيْعِ وَالإِجَارَة وَالكِتَابَة وَالرَّهْنِ، فَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً إلا حَمْلهَا أَوْ آجَرَ دَارِه عَلى جَارِيَة إلا حَمْلهَا أَوْ رَهَنَ جَارِيَةً إلا حَمْلهَا أَوْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلى جَارِيَة إلا حَمْلهَا فَسَدَ العَقْدُ لأَنَّهَا عُقُودٌ تَبْطُلُ بِالشُّرُوط الفَاسِدَة، لأَنَّ غَيْرَ البَيْعِ فِي مَعْنَاهُ مِنْ حَيْثُ إنَّهَا مُعَاوَضَةٌ وَالبَيْعُ يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَة لمَا تَقَدَّمَ، فَكَذَا مَا فِي مَعْنَاهُ، وَالاسْتِثْنَاءُ يَصِيرُ شَرْطًا فَاسِدًا فِيهَا فَيُفْسِدُهَا، وَذَلكَ لمَا ذَكَرَهُ مِنْ الأَصْل فِيه أَنَّ مَا لا يَصِحُّ إفْرَادُهُ بِالعَقْد لا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْ العَقْد، وَالحَمْلُ مِنْ هَذَا القَبِيل وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي أَوَّل البُيُوعِ، وَهَذَا لأَنَّ الحَمْل بِمَنْزِلة أَطْرَافِ الحَيَوَانِ لاتِّصَاله بِه يَنْتَقِلُ بِانْتِقَاله وَيُقَرُّ

بِقَرَارِهِ وَبَيْعُ الأَصْلِ يَتَنَاوَلُهُ. فَالاسْتِثْنَاءُ يَكُونُ عَلَى خِلافِ المُوجِبِ لِدَلالَتِهِ عَلَى أَنَّ المُسْتَثْنَى مَقْصُودٌ وَدَلالَةُ العَقْدِ عَلَى أَنَّ الحَمْلَ تَابِعٌ فَيَصِيرُ ذِكْرُهُ شَرْطًا فَاسِدًا (قَوْلُهُ غَيْرَ أَنَّ المُفْسِدَ فِي الكِتَابَةِ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ لأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الشَّرْطَ الفَاسِدَ فِي الكِتَابَةِ إِنَّمَا يَكُونُ مُفْسِدًا لَهَا إِذَا كَانَ مُتَمَكِّنًا فِي صُلْبِ العَقْدِ مِنْهَا كَالكِتَابَةِ عَلَى الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ أَوْ عَلَى قِيمَتِهِ حَيْثُ دَخَلَ فِي البَدَلِ.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي صُلْبِهِ كَمَا إِذَا شَرَطَ عَلَى المُكَاتَبِ أَنْ لا يَخْرُجَ مِنْ الكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ وَالعَقْدُ صَحِيحٌ لأَنَّ الكِتَابَةَ تُشْبِهُ البَيْعَ انْتِهَاءً لأَنَّهُ مَالٌ فِي حَقِّ المَوْلَى وَلا تَصِحُّ إلا بِبَدَلٍ مَعْلُومٍ وَتَحْتَمِلُ الفَسْخَ ابْتِدَاءً وَتُشْبِهُ النِّكَاحَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، وَلا تَحْتَمِلُ الفَسْخَ بَعْدَ تَمَامِ المَقْصُودِ فَأَلْحَقْنَاهُ بِالبَيْعِ فِي شَرْطٍ تَمَكَّنَ فِي صُلْبِ العَقْدِ وَبِالنِّكَاحِ فِيمَا لَمْ يَتَمَكَّنْ فِيهِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَكَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالنِّكَاحِ وَالخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ فَإِنَّهَا لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ لأَنَّ الفَسَادَ بِاعْتِبَارِ إِفْضَائِهِ إلى الرِّبَا، وَذَلِكَ لا يَتَحَقَّقُ إلا فِي المُعَاوَضَاتِ، وَهَذِهِ تَبَرُّعَاتٌ وَإِسْقَاطَاتٌ وَالهِبَةُ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَبِيلِ التَّمْلِيكَاتِ لَكِنَّا عَرَفْنَا بِالنَّصِّ أَنَّ الشَّرْطَ الفَاسِدَ لا يُفْسِدُهَا، فَإِنَّهُ ﷺ أَجَازَ العُمْرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَهُ لِلمُعَمِّرِ حَتَّى يَصِيرَ لِوَرَثَةِ المَوْهُوبِ لَهُ لا لِوَرَثَةِ المُعْمِرِ إِذَا شُرِطَ عَوْدُهُ فَيَصِحُّ العَقْدُ وَيَبْطُلُ الاسْتِثْنَاءُ.

وَأَمَّا الثَّالِثُ فَكَالوَصِيَّةِ إِذَا أَوْصَى بِجَارِيَتِهِ لِرَجُلٍ وَاسْتَثْنَى حَمْلَهَا فَإِنَّهُ يَصِحُّ، وَالجَارِيَةُ وَصِيَّةٌ وَالحَمْلُ مِيرَاثٌ. أَمَّا عَدَمُ بُطْلانِ الوَصِيَّةِ فَلأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ المُعَاوَضَاتِ حَتَّى تَبْطُلَ بِالشَّرْطِ الفَاسِدِ. وَأَمَّا صِحَّةُ الاسْتِثْنَاءِ فَلِمَا ذُكِرَ أَنَّ الوَصِيَّةَ أُخْتُ المِيرَاثِ وَالمِيرَاثُ يَجْرِي فِيمَا فِي البَطْنِ لأَنَّهُ عَيْنٌ. بِخِلافِ مَا إِذَا اسْتَثْنَى خِدْمَتَهَا لأَنَّ المِيرَاثَ لا يَجْرِي فِيهَا لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَيْنٍ، وَذَكَّرَ ضَمِيرَ الخِدْمَةِ عَلَى تَأْوِيلِ المَذْكُورِ وَاعْتُرِضَ عَلَى قَوْلِهِ الأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَا لا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالعَقْدِ لا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْ العَقْدِ أَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ. وَالخِدْمَةُ فِي الوَصِيَّةِ مِمَّا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالعَقْدِ بِأَنْ قَالَ أَوْصَيْت بِخِدْمَةِ هَذِهِ الجَارِيَةِ لِفُلانٍ فَوَجَبَ أَنْ يَصِحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ هَذَا العَكْسَ غَيْرُ لازِمٍ؛ وَلَئِنْ سُلِّمَ فَلا نُسَلِّمُ أَنَّ الوَصِيَّةَ عَقْدٌ، أَلا تَرَى أَنَّهُ يَصِحُّ قَبُولُ المُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي وَيَدْخُلُ المُوصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَةِ المُوصَى لَهُ بِدُونِ

القَبُول بِأَنْ مَاتَ المُوصَى له قَبْل القَبُول فَلا يَتَنَاوَلُهُ لفظُ العَقْد مُطْلَقًا. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُول: اعْتَبَرْتُمْ الوَصِيَّةَ عَقْدًا وَعَكَسْتُمْ الأَصْلَ المَذْكُورَ فِي الوَصِيَّةِ بِالجَارِيَةِ وَاسْتِثْنَاءُ الحَمْل حَيْثُ جَعَلْتُمْ الاسْتِثْنَاءَ فِي الحَمْل صَحِيحًا لصِحَّة إِفْرَاده بِالعَقْد وَلَمْ تَعْتَبِرُوا ذَلِكَ فِي الوَصِيَّة بِالجَارِيَة، وَاسْتِثْنَاءُ الخِدْمَة مَعَ صِحَّة إِفْرَاده بِالعَقْد، فَمَا الفَرْقُ بَيْنَهُمَا؟ وَالجَوَابُ أَنَّا مَا مَنَعْنَا العَكْسَ وُجُوبًا، وَإِنَّمَا مَنَعْنَا لُزُومَهُ. وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ تَصْحِيحَ الاسْتِثْنَاء يَقْتَضِي بَقَاءَ المُسْتَثْنَى لوَارِثِ المُوصِي. فَمَا صَلحَ أَنْ يَكُونَ مَوْرُوثًا كَالحَمْل صَحَّحْنَاهُ وَمَا لَمْ يَصْلُحْ كَالخِدْمَة مَنَعْنَاهُ.

قَال (وَمَن اشتَرَى ثَوبًا عَلَى أَن يَقطَعَهُ البَائِعُ وَيَخِيطَهُ قَمِيصًا أَو قَبَاءً فَالبَيعُ فَاسِدٌ)؛ لأَنَّهُ شَرطٌ لا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَين؛ وَلأَنَّهُ يَصِيرُ صَفقَةً فِي صَفقَةٍ عَلَى مَا مَرَّ (وَمَن اشتَرَى نَعلا عَلَى أَن يَحذُوَهَا البَائِعُ قَال أَو يُشَرِّكَهَا فَالبَيعُ فَاسِدٌ) قَال رَضِيَ اللهُ عَنهُ: مَا ذَكَرَهُ جَوَابُ القِيَاس، وَوَجهُهُ مَا بَيَّنَّا، وَفِي الاستِحسَانِ: يَجُوزُ لِلتَّعَامُل فِيهِ فَصَارَ كَصَبغِ الثَّوبِ، وَلِلتَّعَامُل جَوَّزنَا الاستِصنَاعَ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنْ يَقْطَعَهُ البَائِعُ إلخ) قَدْ تَقَدَّمَ وَجْهُ ذَلِكَ فَلا نُعِيدُهُ، قَال هَاهُنَا صَفْقَةٌ فِي صَفْقَة وَفِيمَا تَقَدَّمَ صَفقَتَيْنِ فِي صَفْقَة وَكَأَنَّهُمَا سَوَاءٌ، يُشِيرُ إِلَيْه قَوْلُهُ عَلَى مَا مَرَّ وَقِيل قَال هُنَاكَ صَفْقَتَيْنِ لأَنَّ فِيهِ احْتِمَال الإِجَارَة، وَالعَارِيَّةُ هَاهُنَا صَفْقَةٌ إِذْ لَيْسَ فِيهِ احْتِمَالُ العَارِيَّة.

قَال (وَمَن اشتَرَى نَعلا) حَذَا النَّعل بِالمِثَال قَطَعَهَا بِهِ فَهِيَ تَسمِيَةُ الشَّيءِ بِاسمِ مَا يَئُولُ إِليهِ إِذ الصَّرمُ هُوَ الذِي يُقطَعُ بِالمِثَال، وَشَرَّكَ النَّعل وَضَعَ عَلَيهَا الشِّرَاكَ وَهُوَ سَيرُهَا الذِي عَلَى ظَهرِ القَدَمِ، فَمَن اشتَرَى صِرمًا وَاشتَرَطَ أَن يَحذُوَهُ أَو نَعلا عَلَى أَن يُشَرِّكَهَا البَائِعُ فَالبَيعُ فَاسِدٌ فِي القِيَاسِ. وَوَجهُهُ مَا بَيَّنَّاهُ أَنَّهُ شَرطٌ لا يَقتَضِيهِ العَقدُ وَفِيهِ مَنفَعَةٌ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ.

وَفِي الاستِحسَانِ: يَجُوزُ لِلتَّعَامُل، وَالتَّعَامُلُ قَاضٍ عَلَى القِيَاسِ لِكَونِهِ إِجمَاعًا فِعلِيًّا كَصَبغِ الثَّوبِ، فَإِنَّ القِيَاسَ لا يَجُوزُ استِئجَارُ الصَّبَّاغِ لِصَبغِ الثَّوبِ لأَنَّ الإِجَارَةَ عَقدٌ عَلَى المَنَافِعِ لا الأَعيَانِ وَفِيهِ عَقدٌ عَلَى العَينِ وَهُوَ الصِّبغُ لا الصَّبغُ وَحدَهُ لَكِن جُوِّزَ لِلتَّعَامُل

جَوَازُ الاستِصنَاعِ.

قال (وَالبَيعُ إلى النَّيرُوزِ وَالمِهرجَانِ وَصَومِ النَّصَارَى وَفِطرِ اليَهُودِ إذَا لم يَعرِف المُتَبَايِعَانِ ذَلكَ فَاسِدٌ لجَهَالةِ الأجَل) وَهِيَ مُفضِيَةٌ إلى المُنَازَعَةِ فِي البَيعِ لابتِنَائِهَا عَلَى المُمَاكَسَةِ إلا إذَا كَانَا يَعرِفَانِهِ لكَونِهِ مَعلُومًا عِندَهُمَا، أَو كَانَ التَّأجِيلُ إلى فِطرِ النَّصَارَى بَعدَمَا شَرَعُوا فِي صَومِهِم؛ لأنَّ مُدَّةَ صَومِهِم مَعلُومَةٌ بِالأيَّامِ فَلا جَهَالةَ فِيهِ.

الشرح:

(وَالبَيْعُ إلى النَّيْرُوزِ) مُعَرَّبُ نَوْرُوزَ أَوَّلُ يَوْمٍ مِنْ الرَّبِيعِ (وَالمِهْرَجَانِ) مُعَرَّبُ مهركان يَوْمٌ فِي طَرَفِ الخَرِيفِ (وَصَوْمُ النَّصَارَى وَفِطْرُ اليَهُودِ) وَمَعْنَاهُ تَأْجِيلُ الثَّمَنِ إلى هَذِهِ الأَيَّامِ فَاسِدٌ إذَا لَمْ يَعْرِفْ المُتَبَايِعَانِ مِقْدَارَ ذَلِكَ الزَّمَانِ (لِجَهَالَةِ الأَجَلِ) المُفْضِيَةِ إلى النِّزَاعِ لابْتِنَاءِ المُبَايَعَةِ عَلَى المُمَاكَسَةِ أَيْ المُجَادَلَةِ فِي النُّقْصَانِ. وَالمُمَاكَسَةُ مَوْجُودَةٌ فِي المُبَايَعَةِ إلى هَذَا الأَجَلِ فَتَكُونُ الجَهَالَةُ فِيهِ مُفْضِيَةً إلى النِّزَاعِ وَمِثْلُهَا يُفْسِدُ البَيْعَ (وَإِنْ كَانَا يَعْرِفَانِ ذَلِكَ لِكَوْنِهِ مَعْلُومًا عِنْدَهُمَا أَوْ كَانَ التَّأْجِيلُ إلى فِطْرِ النَّصَارَى بَعْدَمَا شَرَعُوا فِي صَوْمِهِمْ) جَازَ (لِأَنَّ مُدَّةَ صَوْمِهِمْ بِالأَيَّامِ مَعْلُومَةٌ) وَهِيَ خَمْسُونَ يَوْمًا فَلا جَهَالَةَ.

قال (وَلا يَجُوزُ البَيعُ إلى قُدُومِ الحَاجِّ)، وَكَذَلكَ إلى الحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَالقِطَافِ وَالجِزَازِ؛ لأنَّهَا تَتَقَدَّمُ وَتَتَأَخَّرُ، وَلو كَفَل إلى هَذِهِ الأوقَاتِ جَازَ؛ لأنَّ الجَهَالةَ اليَسِيرَةَ مُتَحَمَّلَةٌ فِي الكَفَالةِ وَهَذِهِ الجَهَالةُ يَسِيرَةٌ مُستَدرَكَةٌ لاختِلافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ تَعَالى عَنهُم فِيهَا وَلأنَّهُ مَعلُومُ الأصل؛ ألا يُرَى أنَّهَا تَحتَمِلُ الجَهَالةَ فِي أَصل الدَّينِ بِأن تُكفَلَ بِمَا ذَابَ عَلَى فُلانٍ فَفِي الوَصفِ أَولى، بِخِلافِ البَيعِ فَإنَّهُ لا يَحتَمِلُهَا فِي أَصل الثَّمَنِ، فَكَذَا فِي وَصفِهِ، بِخِلافِ مَا إذَا بَاعَ مُطلقًا ثُمَّ أَجَّل الثَّمَنَ إلى هَذِهِ الأوقَاتِ حَيثُ جَازَ؛ لأنَّ هَذَا تَأجِيلٌ فِي الدَّينِ وَهَذِهِ الجَهَالةُ فِيهِ مُتَحَمَّلَةٌ بِمَنزِلةِ الكَفَالةِ، وَلا كَذَلكَ اشتِرَاطُهُ فِي أَصل العَقدِ؛ لأنَّهُ يَبطُلُ بِالشَّرطِ الفَاسِدِ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ البَيْعُ إلى قُدُومِ الحَاجِّ إلخْ) الحَصَادُ بِفَتْحِ الحَاءِ وَكَسْرِهَا قَطْعُ الزُّرُوعِ، وَالدِّيَاسُ أَنْ يُوطَأَ المَحْصُودُ بِقَوَائِمِ الدَّوَابِّ مِنْ الدَّوْسِ وَهُوَ شِدَّةُ وَطْءِ الشَّيْءِ بِالقَدَمِ، وَالقِطَافُ بِكَسْرِ القَافِ قَطْعُ العِنَبِ مِنْ الكَرْمِ وَالفَتْحُ فِيهِ لُغَةٌ، وَالجِزَازُ قَطْعُ

الصُّوفِ وَالنَّخْلِ وَالزَّرْعِ وَالشَّعْرِ وَالبَيْعِ إلى وَقْتِ قُدُومِ الحَاجِّ وَإِلى هَذِهِ الأَوْقَاتِ غَيْرُ جَائِزٍ للجَهَالَةِ المُفْضِيَةِ إلى النِّزَاعِ بِتَقَدُّمِ هَذِهِ الأَوْقَاتِ وَتَأَخُّرِهَا، وَالكَفَالَةُ إلى هَذِهِ الأَوْقَاتِ جَائِزَةٌ (لأَنَّ الجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ مُتَحَمَّلَةٌ فِي الكَفَالَةِ، أَلا تَرَى أَنَّهَا تَحْتَمِلُ الجَهَالَةَ فِي أَصْلِ الدَّيْنِ بِأَنْ يَكْفُلَ بِمَا ذَابَ عَلَى فُلانٍ فَفِي وَصْفِهِ أَوْلَى) لِكَوْنِ الأَصْلِ أَقْوَى مِنْ الوَصْفِ (وَهَذِهِ الجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ لاخْتِلافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ فِيهَا) فَعَائِشَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا كَانَتْ تُجِيزُ البَيْعَ إلى العَطَاءِ وَإِنْ احْتَمَلَ التَّقَدُّمَ وَالتَّأَخُّرَ لِكَوْنِهَا يَسِيرَةً، وَابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا مَنَعَهُ وَنَحْنُ أَخَذْنَا بِقَوْلِهِ، وَهَذَا قَدْ يُشِيرُ إلى أَنَّ الجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ مَا كَانَتْ فِي التَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ، وَالفَاحِشَةُ مَا كَانَ فِي الوُجُودِ كَهُبُوبِ الرِّيحِ مَثَلا، وَالبَيْعُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ مُحْتَمِلا للجَهَالَةِ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ مُحْتَمِلا لَهَا فِي وَصْفِهِ. وَرُدَّ بِأَنَّهُ لا يَلزَمُ مِنْ عَدَمِ تَحَمُّلِ أَصْلِ الثَّمَنِ عَدَمُ تَحَمُّلِ وَصْفِهِ لأَنَّ الأَصْلَ أَقْوَى إِذْ هُوَ يُوجَدُ بِدُونِ الوَصْفِ الخَاصِّ دُونَ عَكْسِهِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ المَانِعَ مِنْ تَحَمُّلِ أَصْلِ الثَّمَنِ الجَهَالَةَ هُوَ إِفْضَاؤُهَا إلى النِّزَاعِ وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي جَهَالَةِ الوَصْفِ فَيَمْنَعُهُ. وَإِذَا بَاعَ مُطْلَقًا ثُمَّ أَجَّلَ الثَّمَنَ إلى هَذِهِ الأَوْقَاتِ صَحَّ لِكَوْنِهِ تَأْجِيلَ الدَّيْنِ (وَهَذِهِ الجَهَالَةُ مُتَحَمَّلَةٌ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ) لِعَدَمِ ابْتِنَائِهِ عَلَى المُمَاكَسَةِ، وَلا كَذَلِكَ اشْتِرَاطُهُ فِي أَصْلِ العَقْدِ (لأَنَّهُ يَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الفَاسِدِ)

(وَلو بَاعَ إلى هَذِهِ الآجَال ثُمَّ تَرَاضَيَا بِإسقَاطِ الأجَل قَبل أَن يَأخُذَ النَّاسُ فِي الحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَقَبل قُدُومِ الحاجِّ جَازَ البَيعُ أَيضًا. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ؛ لأنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلا يَنقَلِبُ جَائِزًا وَصارَ كَإِسقَاطِ الأجَل فِي النِّكَاحِ إلى أَجَلٍ) وَلنَا أَنَّ الفَسَادَ للمُنَازَعَةِ وَقَد ارتَفَعَ قَبل تَقَرُّرِهِ وَهَذِهِ الجَهَالَةُ فِي شَرطٍ زَائِدٍ لا فِي صُلبِ العَقدِ فَيُمكِنُ إسقَاطُهُ، بِخِلافِ مَا إذَا بَاعَ الدِّرهَمَ بِالدِّرهَمَينِ ثُمَّ أَسقَطَا الدِّرهَمَ الزَّائِدَ؛ لأَنَّ الفَسَادَ فِي صُلبِ العَقدِ، وَبِخِلافِ النِّكَاحِ إلى أَجَلٍ؛ لأَنَّهُ مُتعَةٌ وَهُوَ عَقدٌ غَيرُ عَقدِ النِّكَاحِ، وَقَولُهُ فِي الكِتَابِ ثُمَّ تَرَاضَيَا خَرَجَ وِفَاقًا؛ لأَنَّ مَن لهُ الأَجَلُ يَستَبِدُّ بِإِسقَاطِهِ؛ لأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ.

الشرح:

(وَلَوْ بَاعَ إلى هَذِهِ الآجَالِ) أَعْنِي النَّيْرُوزَ وَالمِهْرَجَانَ إلى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ القِطَافِ وَالجِزَازِ ثُمَّ تَرَاضَيَا بِإِسْقَاطِ الأَجَلِ قَبْلَ تَحَقُّقِ هَذِهِ الأَوْقَاتِ انْقَلَبَ البَيْعُ

جَائِزًا، خلافًا لزُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَهُوَ يَقُولُ: انْعَقَدَ فَاسِدًا فَلا يَنْقَلِبُ جَائِزًا كَإِسْقَاطِ الأَجَلِ فِي النِّكَاحِ: يَعْنِي عَلَى أَصْلِكُمْ. وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ زُفَرَ فَالنِّكَاحُ إلى أَجَلٍ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ كَمَا تَقَدَّمَ فِي النِّكَاحِ، وَهُوَ اسْتِدْلالٌ مِنْ جَانِبِ زُفَرَ بِمَا لَمْ يَقُلْ بِهِ وَلَيْسَ عَلَى مَا يَنْبَغِي، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ وَقُلْنَا الفَسَادُ لِلْمُنَازَعَةِ، وَالْمُنَازَعَةُ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ عِنْدَ حُلُولِ الأَجَلِ، فَإِذَا أَسْقَطَهُ ارْتَفَعَ الْمُفْسِدُ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ فَيَعُودُ جَائِزًا. فَإِنْ قِيلَ: الجَهَالَةُ تَقَرَّرَتْ فِي ابْتِدَاءِ العَقْدِ فَلا يُفِيدُ سُقُوطَهَا كَمَا إِذَا بَاعَ الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ ثُمَّ أَسْقَطَا الدِّرْهَمَ الزَّائِدَ. أَجَابَ بِأَنَّ هَذِهِ الجَهَالَةَ فِي شَرْطٍ زَائِدٍ وَهُوَ الأَجَلُ لا فِي صُلْبِ العَقْدِ فَيُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ، بِخِلافِ مَا ذَكَرْتَ فَإِنَّ الفَسَادَ فِيهِ فِي صُلْبِ العَقْدِ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ إِذَا نَكَحَ بِغَيْرِ شُهُودٍ ثُمَّ أَشْهَدَ بَعْدَ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ لا يَنْقَلِبُ جَائِزًا وَلَيْسَ الفَسَادُ فِي صُلْبِ العَقْدِ.

فَإِذَا بَاعَ إِلى أَنْ يَهُبَّ الرِّيحُ ثُمَّ أَسْقَطَ الأَجَلَ لا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ الفَسَادَ فِيهِ لِعَدَمِ الشَّرْطِ فَهُوَ قَوِيٌّ كَمَا لَوْ كَانَ فِي صُلْبِ العَقْدِ، أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ صَلَّى بِغَيْرِ طَهَارَةٍ ثُمَّ تَطَهَّرَ لَمْ تَنْقَلِبْ صَلاتُهُ جَائِزَةً، وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ هُبُوبَ الرِّيحِ لَيْسَ بِأَجَلٍ لأَنَّ الأَجَلَ مَا يَكُونُ مُنْتَظَرًا وَالْهُبُوبُ قَدْ يَكُونُ مُتَّصِلًا بِكَلامِهِ قَوْلُهُ (وَبِخِلافِ النِّكَاحِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ زُفَرَ عَلَى النِّكَاحِ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّا قَدْ قُلْنَا إِنَّ العَقْدَ الفَاسِدَ قَدْ يَنْقَلِبُ جَائِزًا قَبْلَ تَقْرِيرِ الْمُفْسِدِ، وَلَمْ نَقُلْ إِنَّ عَقْدًا يَنْقَلِبُ عَقْدًا آخَرَ، وَالنِّكَاحُ إِلى أَجَلٍ مُتْعَةٌ وَهِيَ عَقْدٌ غَيْرُ عَقْدِ النِّكَاحِ فَلا يَنْقَلِبُ نِكَاحًا (قَوْلُهُ فِي الكِتَابِ) أَيْ القُدُورِيِّ ثُمَّ تَرَاضَيَا خَرَجَ وِفَاقًا لأَنَّ مَنْ لَهُ الأَجَلُ يَسْتَبِدُّ بِإِسْقَاطِهِ لأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ.

قَالَ (وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ أَو شَاةٍ ذَكِيَّةٍ وَمَيِّتَةٍ بَطَلَ البَيْعُ فِيهِمَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: إِن سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا جَازَ فِي العَبْدِ وَالشَّاةِ الذَّكِيَّةِ (وَإِن جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ أَو بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدِ غَيْرِهِ صَحَّ البَيْعُ فِي العَبْدِ بِحِصَّتِهِ مِن الثَّمَنِ) عِندَ عُلَمَائِنَا الثَّلاثَةِ، وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَسَدَ فِيهِمَا، وَمَتْرُوكُ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا كَالمَيْتَةِ، وَالمُكَاتَبُ وَأُمُّ الوَلَدِ كَالمُدَبَّرِ لَهُ الاعْتِبَارُ بِالفَصْلِ الأَوَّلِ، إِذ مَحَلِّيَّةُ البَيعِ مُنْتَفِيَةٌ بِالإِضَافَةِ إِلَى الكُلِّ وَلَهُمَا أَنَّ الفَسَادَ بِقَدرِ المُفسِدِ فَلا يَتَعَدَّى إِلَى القِنِّ، كَمَن جَمَعَ بَيْنَ الأَجْنَبِيَّةِ وَأُخْتِهِ فِي النِّكَاحِ، بِخِلافِ مَا إِذَا لَم يُسَمِّ ثَمَنَ

كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا؛ لأَنَّهُ مَجهُولٌ وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ الفَرقُ بَينَ الفَصلين أَنَّ الحُرَّ لا يَدخُلُ تَحتَ العَقدِ أَصلا؛ لأَنَّهُ ليسَ بِمَالٍ وَالبَيعُ صَفقَةٌ وَاحِدَةٌ فَكَانَ القَبُولُ فِي الحُرِّ شَرطًا للبَيعِ فِي العَبدِ وَهَذَا شَرطٌ فَاسِدٌ، بِخِلافِ النِّكَاحِ؛ لأَنَّهُ لا يَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَأَمَّا البَيعُ فِي هَؤُلاءِ مَوقُوفٌ وَقَد دَخَلُوا تَحتَ العَقدِ لقِيَامِ المَالِيَّةِ وَلهَذَا يَنفُذُ فِي عَبدِ الغَيرِ بِإِجَازَتِهِ، وَفِي المُكَاتَبِ بِرِضَاهُ فِي الأَصَحِّ، وَفِي المُدَبَّرِ بِقَضَاءِ القَاضِي، وَكَذَا فِي أُمِّ الوَلَدِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، إلا أَنَّ المَالكَ بِاستِحقَاقِهِ المَبِيعَ وَهَؤُلاءِ بِاستِحقَاقِهِم أَنفُسَهُم رَدُّوا البَيعَ فَكَانَ هَذَا إِشَارَةً إِلى البَقَاءِ، كَمَا إِذَا اشتَرَى عَبدَينِ وَهَلَكَ أَحَدُهُمَا قَبلَ القَبضِ، وَهَذَا لا يَكُونُ شَرطَ القَبُولِ فِي غَيرِ المَبِيعِ وَلا بَيعًا بِالحِصَّةِ ابتِدَاءً وَلهَذَا لا يُشتَرَطُ بَيَانُ ثَمَنِ كُل وَاحِدٍ فِيهِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ **جَمَعَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ أَوْ شَاة ذَكِيَّة وَمَيْتَة إلخْ**) إذَا جَمَعَ فِي البَيْعِ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْد أَوْ شَاة ذَكيَّة وَمَيْتَة بَطَل البَيْعُ فيهمَا مُطْلَقًا أَعْني سَوَاءً فَصَّل الثَّمَنَ أَوْ لَمْ يُفَصِّلْ عنْدَ أَبي حَنيفَةَ رَحمَهُ اللهُ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إنْ سَمَّى لكُل وَاحد ثَمَنًا مثْلُ أَنْ يَقُول اشْتَرَيْتهمَا بِألف درْهَمٍ كُلُّ وَاحد منْهُمَا خَمْسُمائَة جَازَ العَقْدُ في العَبْد وَالذَّكيَّة (وَإنْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْد وَمُدَبَّرٍ أَوْ بَيْنَ عَبْده وَعَبْد غَيْرِه صَحَّ العَقْدُ في العَبْد بحصَّته منْ الثَّمَن عنْدَهُمْ خلافًا لزُفَرَ رَحمَهُ اللهُ فيهمَا) أَيْ في العَبْد وَالمُدَبَّر. أَوْ في الجَمْعَيْن جَميعًا (وَمَتْرُوكُ التَّسْميَة عَامدًا كَالمَيْتَة وَالمُكَاتَب وَأُمِّ الوَلَد كَالمُدَبَّر)، فَإنْ قيل: مَتْرُوكُ التَّسْميَة مُجْتَهَدٌ فيه فَصَارَ كَالمُدَبَّرَة فَيَجبُ جَوَازُ بَيْعه مَعَ المُذَكَّى كَبَيْع القنِّ مَعَ المُدبَّر. أُجيبَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بمُجْتَهَد فيه بَل خَطَأٌ بَيِّنٌ لمُخَالفَة الدَّليل الظَّاهر وَهُوَ قَوْله تَعَالى ﴿ فَكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ [الأنعام: ١١٨] حَتَّى أَنَّ القَاضيَ إذَا قَضَى بحله لا يَنْفُذُ القَضَاءُ فَكَانَ بمَنْزلة مَنْ جَمَعَ بَيْنَ الحُرِّ وَالعَبْد في البَيْع (لزُفَرَ الاعْتبَارُ بالفَصْل) الأَوَّل: يَعْني بَيْنَ الحُرِّ وَالعَبْد بجَامعِ انْتفَاء المَحَليَّة في حَقِّ الجَميع.

وَلأَبي يُوسُفَ وَمُحَمَّد: إذَا سَمَّى لكُلٍّ ثَمَنًا أَنَّ الفَسَادَ بقَدْرِ المُفْسد إذْ الحُكْمُ يَثْبُتُ بقَدْرِ دَليله وَالمُفْسدُ في الحُرِّ كَوْنُهُ لَيْسَ بمَحَلٍّ للبَيْع وَهُوَ مُخْتَصٌّ به دُونَ القنِّ فَلا يَتَعَدَّاهُ كَمَا إذَا جَمَعَ بَيْنَ الأَجْنَبيَّة وَأُخْته في عَقْد النِّكَاح، بخلاف مَا إذَا لَمْ يُسَمِّ ثَمَن

كُل وَاحِدٍ لأَنَّ ثَمَنَ العَبْدِ مَجْهُولٌ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ الفَرْقُ بَيْنَ فَصْلِ الحُرِّ وَالمُدَبَّرِ مَعَ القِنِّ أَنَّ الحُرَّ لا يَدْخُلُ تَحْتَ العَقْدِ أَصْلا لأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ وَالبَيْعُ صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ بِدَلِيلِ أَنَّ المُشْتَرِيَ لا يَمْلِكُ قَوْلَ العَقْدِ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الآخَرِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ قَبُولُ العَقْدِ فِيمَا لا يَصِحُّ فِيهِ العَقْدُ شَرْطًا لِصِحَّةِ العَقْدِ فِيمَا يَصِحُّ فِيهِ فَكَانَ شَرْطًا فَاسِدًا، وَفِيهِ نَظَرٌ. أَمَّا أَوَّلا فَلأَنَّهُ إِذَا بَيَّنَ ثَمَنَ كُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَانَتْ الصَّفْقَةُ مُتَفَرِّقَةً وَحِينَئِذٍ لا يَكُونُ قَوْلُ العَقْدِ فِي الحُرِّ شَرْطًا لِلبَيْعِ فِي العَبْدِ.

وَأَمَّا ثَانِيًا فَلأَنَّ الشَّرْطَ الفَاسِدَ هُوَ مَا يَكُونُ فِيهِ مَنْفَعَةٌ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ لِلمَعْقُودِ عَلَيْهِ حَتَّى يَكُونَ فِي مَعْنَى الرِّبَا، وَلَيْسَ فِي قَبُولِ العَقْدِ فِي الحُرِّ مَنْفَعَةٌ لأَحَدِهِمَا وَلا لِلمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلا يَكُونُ شَرْطًا فَاسِدًا. وَأَمَّا ثَالِثًا فَلأَنَّ قَبُولَ العَقْدِ فِي الحُرِّ إِنَّمَا يَكُونُ شَرْطًا لِقَبُولِ العَقْدِ فِي العَبْدِ إِذَا صَحَّ الإِيجَابُ فِيهِمَا لِئَلا يَتَضَرَّرَ البَائِعُ بِقَبُولِ العَقْدِ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الآخَرِ وَلَمْ يُوجَدْ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَصَارَ كَالجَمْعِ بَيْنَ العَبْدِ وَالمُدَبَّرِ وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّلِ بِأَنَّ الصَّفْقَةَ مُتَحَدِّدَةٌ فِي مِثْلِهِ إِذَا لَمْ يُكَرَّرْ البَيْعُ أَوْ الشِّرَاءُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ البُيُوعِ.

وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ فِي قَبُولِ العَقْدِ فِي الحُرِّ مَنْفَعَةً لِلبَائِعِ، فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَهُمَا بِأَلفٍ وَالحُرُّ لَيْسَ بِمَالٍ يُقَابِلُهُ بَدَلٌ فَكَأَنَّهُ قَالَ بِعْت هَذَا العَبْدَ بِخَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنْ يُسَلِمَ إِلَيَّ خَمْسُمِائَةٍ أُخْرَى فَيَنْتَفِعُ بِفَضْلٍ خَالٍ عَنْ العِوَضِ فِي البَيْعِ وَهُوَ الرِّبَا. وَعَنْ الثَّالِثِ بِأَنَّ الإِيجَابَ إِذَا صَحَّ فِيهَا صَحَّ العَقْدُ وَالشَّرْطُ جَمِيعًا فَلا يَكُونُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا ظَهَرَ الفَرْقُ بَيْنَ الفَصْلَيْنِ وَتَمَّ جَوَابُ زُفَرَ عَنْ التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا (قَوْلُهُ بِخِلافِ النِّكَاحِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِهِمَا عَلَى النِّكَاحِ بِأَنَّ النِّكَاحَ لا يَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الفَاسِدِ، بِخِلافِ البَيْعِ.

وَقَوْلُهُ أَمَّا البَيْعُ فِي هَؤُلاءِ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ لأَنَّ الحُرَّ لا يَدْخُلُ تَحْتَ العَقْدِ، وَأَرَادَ بِهَؤُلاءِ المُدَبَّرَ وَالمُكَاتَبَ وَأُمَّ الوَلَدِ وَعَبْدَ الغَيْرِ فَإِنَّهُمْ دَخَلُوا تَحْتَ العَقْدِ لِقِيَامِ المَالِيَّةِ فَإِنَّهَا بِاعْتِبَارِ الرِّقِّ وَالتَّقَوُّمِ وَهُمَا مَوْجُودَانِ (قَوْلُهُ وَلِهَذَا يَنْفُذُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا لِقَوْلِهِ مَوْقُوفٌ، فَإِنَّ البَيْعَ فِي عَبْدِ غَيْرُ مَوْقُوفٍ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَفِي المُكَاتَبِ عَلَى رِضَاهُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ، وَفِي المُدَبَّرِ عَلَى قَضَاءِ القَاضِي، وَكَذَا إِذَا قَضَى القَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِ أُمِّ

الوَلد نَفَذَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ خلافًا لمُحَمَّد بنَاءً عَلى أَنَّ الإجْمَاعَ اللاحِقَ يَرْفَعُ الاخْتِلافَ السَّابِقَ عِنْدَهُ فَيَكُونُ القَضَاءُ عَلى خِلاف الإجْمَاعِ فَلا يَنْفُذُ، وَعِنْدَهُمَا لا يُرْفَعُ فَيَكُونُ القَضَاءُ فِي فَصْلٍ مُجْتَهَدٍ فِيهِ فَيَنْفُذُ فَقَدْ عُرِفَ ذَلكَ فِي أُصُول الفقْه.

فَإنْ قِيل: كَيْفَ يَصِحُّ قَوْلُهُ مَوْقُوفٌ وَقَدْ قَال فِي أَوَّل البَاب وَبَيْعُ أُمِّ الوَلد وَالْمُدَبَّرِ وَالْمُكَاتَب بَاطِلٌ؟ فَالجَوَابُ أَنَّهُ بَاطِلٌ إذَا لَمْ يُجزْ الْمُكَاتَبُ وَلَمْ يَقْضِ القَاضِي بِجَوَاز بَيْعِ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلدِ يَدُلُّ عَلى ذَلكَ تَمَامُ كَلامِه هُنَاكَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَوْضِيحًا لِقِيَامِ الْمَالِيَّةِ، فَإنَّ الإجَازَةَ وَقَضَاءَ القَاضِي لا يَنْفُذُ فِي غَيْرِ مَحَله، وَإذَا نَفَذَ هَاهُنَا عَرَفْنَا المَحَلِّيَّةَ فِيهَا وَلا مَحَل للبَيْعِ إلا بِقِيَامِ المَالِيَّة فَعَرَفْنَا أَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي العَقْد فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ لا يَكُونَ العَقْدُ فِيهِمْ فَاسِدًا، إلا أَنَّ المَالِكَ بِاسْتِحْقَاقه المَبِيعَ وَهَؤُلاءِ بِاسْتِحْقَاقِهِمْ أَنْفُسَهُمْ رَدُّوا البَيْعَ. وَهَذَا أَيْ الرَّدُّ بِالاسْتِحْقَاق لا يَكُونُ إلا فِي البَقَاء، فَكَانَ كَمَا إذَا اشْتَرَى عَبْدَيْنِ وَهَلكَ أَحَدُهُمَا قَبْل القَبْضِ بَقِيَ العَقْدُ فِي البَاقِي بِحِصَّته مِنْ الثَّمَنِ بَقَاءً فَلَمْ يَمْنَعْ مِنْ الصِّحَّة، وَهَذَا أَيْ الجَمْعُ بَيْنَ القِنِّ وَأَحَد المَذْكُورِينَ لا يَكُونُ شَرْطًا للقَبُول فِي غَيْرِ المَبِيعِ وَلا بَيْعًا بِالحِصَّة ابْتِدَاءً بَعْدَمَا ثَبَتَ دُخُولُهُمْ فِي المَبِيعِ، وَلهَذَا لا يُشْتَرَطُ حَالَةَ العَقْد بَيَانُ ثَمَنِ كُل وَاحِدٍ مِنْ العَبْد وَالمُدَبَّرِ فِيه: أَيْ فِيمَا إذَا جَمَعَ بَيْنَ القِنِّ وَالمُدَبَّرِ

فَصلٌ فِي أَحكَامِه

(وَإذَا قَبَضَ المُشتَرِي المَبِيعَ فِي البَيعِ الفَاسِدِ بِأَمرِ البَائعِ وَفِي العَقدِ عِوَضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَالٌ مَلكَ المَبِيعَ وَلزِمَتهُ قِيمَتُهُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَملكُهُ وَإن قَبَضَهُ؛ لأنَّهُ مَحظُورٌ فَلا يَنَالُ بِهِ نِعمَةَ المِلك؛ وَلأنَّ النَّهيَ نَسخٌ للمَشرُوعِيَّةِ للتَّضَادِّ، وَلهَذَا لا يُفِيدُهُ قَبضُ القَبضِ، وَصَارَ كَمَا إذَا بَاعَ بِالمَيتَةِ أَو بَاعَ الخَمرَ بِالدَّرَاهِمِ. وَلنَا أَنَّ رُكنَ البَيعِ صَدَرَ مِن أَهلهِ. مُضَافًا إلى مَحلهِ فَوَجَبَ القَولُ بِانعِقَادِهِ، وَلا خَفَاءَ فِي الأَهليَّةِ وَالمَحلِيَّةِ. وَرُكنُهُ: مُبَادَلةُ المَال بِالمَال، وَفِيهِ الكَلامُ وَالنَّهيُ يُقَرِّرُ المَشرُوعِيَّةَ عِندَنَا لاقتِضَائهِ التَّصَوُّرَ فَنَفسُ البَيعِ مَشرُوعٌ، وَبِهِ تُنَالُ نِعمَةُ المِلكِ وَإنَّمَا المَحظُورُ مَا يُجَاوِرُهُ كَمَا فِي البَيعِ وَقتَ النِّدَاءِ، وَإنَّمَا لا يَثبُتُ المِلكَ قَبل القَبضِ كَي لا يُؤَدِّيَ إلى تَقرِيرِ الفَسَادِ المُجَاوِرِ إذ هُوَ وَاجِبُ الرَّفعِ بِالاستِردَادِ فَبِالامتِنَاعِ عَن المُطَالبَةِ أَولى؛ وَلأنَّ السَّبَبَ

قَد ضَعُفَ لِمَكَانِ اقتِرَانِهِ بِالقَبِيحِ فَيُشتَرَطُ اعتِضَادُهُ بِالقَبضِ فِي إِفَادَةِ الحُكمِ بِمَنزِلَةِ الهِبَةِ، وَالمَيتَةِ لَيسَت بِمَالٍ فَانعَدَمَ الرُّكنُ، وَلَو كَانَ الخَمرُ مُثَمَّنًا فَقَد خَرَّجنَاهُ وَشَيءٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ فِي الخَمرِ الوَاجِبَ هُوَ القِيمَةُ وَهِيَ تَصلُحُ ثَمَنًا لا مُثَمَّنًا. ثُمَّ شَرَطَ أَن يَكُونَ القَبضُ بِإِذنِ البَائِعِ وَهُوَ الظَّاهِرُ، إِلا أَنَّهُ يَكتَفِي بِهِ دَلالَةً كَمَا إِذَا قَبَضَهُ فِي مَجلِسِ العَقدِ استِحسَانًا، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّ البَيعَ تَسلِيطٌ مِنهُ عَلَى القَبضِ، فَإِذَا قَبَضَهُ بِحَضرَتِهِ قَبلَ الافتِرَاقِ وَلَم يَنهَهُ كَانَ بِحُكمِ التَّسلِيطِ السَّابِقِ، وَكَذَا القَبضُ فِي الهِبَةِ فِي مَجلِسِ العَقدِ يَصِحُّ استِحسَانًا، وَشَرَطَ أَن يَكُونَ فِي العَقدِ عِوَضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَالٌ لِيَتَحَقَّقَ رُكنُ البَيعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ فَيَخرُجُ عَلَيهِ البَيعُ بِالمَيتَةِ وَالدَّمِ وَالحُرِّ وَالرِّيحِ وَالبَيعِ مَعَ نَفيِ الثَّمَنِ، وَقَولُهُ لَزِمَتهُ قِيمَتُهُ، فِي ذَوَاتِ القِيَمِ، فَأَمَّا فِي ذَوَاتِ الأَمثَالِ فَيَلزَمُهُ المِثلُ؛ لأَنَّهُ مَضمُونٌ بِنَفسِهِ بِالقَبضِ فَشَابَهَ الغَصبَ، وَهَذَا؛ لأَنَّ المِثل صُورَةً وَمَعنًى أَعدَلُ مِن المِثل مَعنًى.

الشرح:

(**فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ**) وَإِذَا قَبَضَ المُشْتَرِي المَبِيعَ. لَمَّا كَانَ حُكْمُ الشَّيْءِ لِكَوْنِهِ أَثَرًا ثَابِتًا بِهِ يَعْقُبُهُ ذَكَرَ أَحْكَامَ البَيْعِ الفَاسِدِ عَقِيبَهُ، وَالبَيْعُ عِنْدَنَا يَنْقَسِمُ بِاعْتِبَارِ غَيْرِ مَا مَرَّ إِلَى صَحِيحٍ وَفَاسِدٍ وَبَاطِلٍ وَمَوْقُوفٍ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ إِلَى صَحِيحٍ وَبَاطِلٍ لا غَيْرُ (**وَإِذَا قَبَضَ المُشْتَرِي المَبِيعَ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ بِأَمْرِ البَائِعِ**) **يَعْنِي بِإِذْنِهِ** (**وَفِي العَقْدِ عِوَضَانِ مَالانِ** مَلَكَ المَبِيعَ وَلَزِمَتْهُ القِيمَةُ) ذَكَرَ القَبْضَ لِتَرَتُّبِ الأَحْكَامِ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ البَيْعَ الفَاسِدَ لأَنَّ البَاطِلَ لا يُفِيدُ شَيْئًا وَإِنْ اتَّصَلَ بِهِ القَبْضُ وَأَمْرُ البَائِعِ، يَعْنِي بِهِ: الإِذْنُ فِي القَبْضِ أَعَمُّ مِنْ كَوْنِهِ صَرِيحًا أَوْ دَلالَةً، وَالمَعْنَى بِدَلالَةِ الإِذْنِ هُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ عَقِيبَ العَقْدِ بِحَضْرَةِ البَائِعِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِحَضْرَةِ البَائِعِ لَمْ يَمْلِكْهُ بِخِلافِ الصَّرِيحِ فَإِنَّهُ يُفِيدُ مُطْلَقًا، وَقَيَّدَ أَنْ يَكُونَ فِي العَقْدِ عِوَضَانِ مَالانِ لِفَائِدَةٍ سَنَذْكُرُهَا.

وَقَوْلُهُ مَلَكَ المَبِيعَ هُوَ قَوْلُ عَامَّةِ المَشَايِخِ سِوَى أَهْلِ العِرَاقِ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ المَبِيعُ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ مَمْلُوكُ التَّصَرُّفِ لا مَمْلُوكُ العَيْنِ وَقَدْ تَقَدَّمَ الكَلامُ فِيهِ (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: القَبْضُ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ لا يُفِيدُ المِلكَ لأَنَّهُ مَحْظُورٌ) وَالمَحْظُورُ (لا تُنَالُ بِهِ نِعْمَةُ المِلكِ) لأَنَّ المُنَاسَبَةَ بَيْنَ الأَسْبَابِ وَالمُسَبَّبَاتِ لا بُدَّ مِنْهَا وَلأَنَّ النَّهْيَ نَسْخٌ

للمَشْرُوعِيَّةِ (للتَّضَادِّ) بَيْنَ النَّهْيِ وَالمَشْرُوعِيَّةِ إذْ النَّهْيُ يَقْتَضِي القُبْحَ وَالمَشْرُوعِيَّة تَقْتَضِي الحُسْنَ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ وَالمَنْسُوخُ المَشْرُوعِيَّةِ لا يُفِيدُ حُكْمًا شَرْعِيًّا (وَلِهَذَا لا يُفِيدُهُ قَبْلَ القَبْضِ وَصَارَ كَمَا إذَا بَاعَ الخَمْرَ بِالدَّرَاهِمِ) أَوْ الدَّنَانِيرِ أَوْ بِالمَيْتَةِ وَقَبَضَهَا المُشْتَرِي فَإِنَّهُ لا يُفِيدُ المِلكَ. وَلنَا أَنَّ البَيْعَ الفَاسِدَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ، لأَنَّ رُكْنَ البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ بِطَرِيقِ الاكْتِسَابِ بِالتَّرَاضِي صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ.

إذْ الكَلامُ فِي أَنْ لا خَلَلَ فِي العَاقِدَيْنِ مُضَافًا إلى مَحَلِّهِ كَذَلِكَ، وَكُلُّ بَيْعٍ كَانَ كَذَلِكَ يُفِيدُ المِلكَ فَهَذَا البَيْعُ يُفِيدُهُ. لا يُقَالُ قَدْ يَكُونُ النَّهْيُ مَانِعًا عَنْ ذَلِكَ، لأَنَّ النَّهْيَ يُقَرِّرُ المَشْرُوعِيَّةَ عِنْدَنَا لاقْتِضَائِهِ التَّصَوُّرَ لِيَكُونَ النَّهْيُ عَمَّا يَتَكَوَّنُ لِيَكُونَ العَبْدُ مُبْتَلى بَيْنَ أَنْ يَتْرُكَ بِاخْتِيَارِهِ فَيُثَابَ وَبَيْنَ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ فَيُعَاقَبَ عَلَيْهِ. فَنَفْسُ البَيْعِ مَشْرُوعٌ وَبِهِ تُنَالُ نِعْمَةُ المِلكِ. لكِنْ لا بُدَّ فِيهِ مِنْ قُبْحٍ مُقْتَضَى النَّهْيِ فَجَعَلنَاهُ فِي وَصْفِهِ مُجَاوِرًا كَمَا فِي البَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ عَمَلا بِالوَجْهَيْنِ، وَقَدْ قَرَّرْنَا هَذَا فِي التَّقْرِيرِ عَلى وَجْهٍ أَتَمَّ.

وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ المَحْظُورَ فِي البَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ مُجَاوِرٌ، وَأَمَّا فِي المُتَنَازَعِ فِيهِ فَهُوَ مِنْ قَبِيلِ مَا اتَّصَلَ بِهِ وَصْفًا فَلا يَكُونُ قَوْلُهُ كَمَا فِي البَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ صَحِيحًا، وَأَيْضًا الحُكْمُ هُنَاكَ الكَرَاهَةُ وَفِي المُتَنَازَعِ فِيهِ الفَسَادُ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ غَرَضَ المُصَنِّفِ مِنْ ذِكْرِ المُجَاوَرَةِ بَيَانُ أَنَّ المَحْظُورَ لَيْسَ لِمَعْنًى فِي عَيْنِ المَنْهِيِّ عَنْهُ كَمَا زَعَمَهُ الخَصْمُ. وَالمُجَاوِرُ جَمْعًا وَالمُتَّصِلُ وَصْفًا سِيَّانِ فِي ذَلِكَ وَبِأَنَّ غَرَضَهُ أَنَّ حُكْمَ المَنْهِيِّ عَنْهُ لَيْسَ البُطْلانَ كَمَا يَدَّعِيهِ الخَصْمُ وَالكَرَاهَةُ وَالفَسَادُ يَشْتَرِكَانِ فِي عَدَمِ البُطْلانِ. طَالِعْ التَّقْرِيرَ تَطَّلِعُ عَلى ذَلِكَ.

(قَوْلُهُ وَإِنَّمَا لا يَثْبُتُ المِلكُ قَبْلَ القَبْضِ كَيْ لا يُؤَدِّيَ إلى تَقْرِيرِ الفَسَادِ) جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ وَلِهَذَا لا يُفِيدُ قَبْلَ القَبْضِ، وَتَقْرِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ لوْ ثَبَتَ المِلكُ قَبْلَ القَبْضِ لِوُجُوبِ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَوَجَبَ عَلى البَائِعِ تَسْلِيمُ المَبِيعِ لأَنَّهُمَا مِنْ مَوَاجِبِ العَقْدِ فَيَتَقَرَّرُ الفَسَادُ وَهُوَ لا يَجُوزُ لأَنَّهُ وَاجِبُ الرَّفْعِ بِالاسْتِرْدَادِ، وَكُلُّ مَا هُوَ وَاجِبُ الرَّفْعِ بِالاسْتِرْدَادِ لا يَجُوزُ تَقْرِيرُهُ، وَإِذَا كَانَ وَاجِبُ الرَّفْعِ الاسْتِرْدَادَ: يَعْنِي إذَا كَانَ المَبِيعُ مَقْبُوضًا فَلأَنْ يَكُونَ وَاجِبَ الرَّفْعِ بِالامْتِنَاعِ عَنْ مُطَالبَةِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ أَوْلى لِكَوْنِهِ أَسْهَل لِسَلامَتِهِ عَنْ المُطَالبَةِ وَالإِحْضَارِ وَالتَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ. ثُمَّ الرَّفْعُ بِالاسْتِرْدَادِ. وَعُورِضَ بِأَنَّهُ لوْ لمْ يُفِدْ المِلكَ قَبْلَ القَبْضِ لمْ يُفِدْهُ بَعْدَهُ، لأَنَّ كُل مَا يَمْنَعُ عَنْ ثُبُوتِ المِلكِ بِالبَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ

يَمْنَعُ بَعْدَهُ كَخِيَارِ الشَّرْطِ، وَبِأَنَّهُ لوْ أَفَادَ بَعْدَ القَبْضِ كَانَ تَقْرِيرًا للفَسَاد.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّل أَنَّهُ مَمْنوعٌ وَإِلا لزِمَ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ مَعَ غَيْرِه كَالشَّيْءِ لا مَعَ غَيْرِه وَهُوَ مُحَالٌ، وَخِيَارُ الشَّرْط إِنَّمَا استَوَى فيه القَبْضُ وَعَدَمُهُ لأَنَّ ثُبوتَ الملك فيه مُعَلقٌ بِسُقُوط الخِيَارِ مَعْنًى، لأَنَّهُ يَقُولُ عَلى أَنِّي بالخِيَارِ. وَالمُعَلقُ بالشَّرْط مَعْدُومٌ قَبْل وُجُوده. وَتَعَلُّقُهُ بالشَّرْط لَمْ يَختَلفْ بَيْنَ وُجُود القَبْضِ وَعَدَمه، فَلَمْ يَلزَمْ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ مَعَ غَيْرِه كَالشَّيْءِ لا مَعَ غَيْرِه لأَنَّ الشَّرْطَ أَهْدَرَ الغَيْرَ: أَعْني القَبْضَ. وَعَنْ الثَّاني أَنَّ تَقْرِيرَ الفَسَاد بَعْدَ القَبْضِ يَثْبُتُ فِي ضِمْنِ الضَّمَان، فَإِنَّ القَبْضَ يُوجِبُ الضَّمَانَ فَإِنْ لَمْ يَنْتَقِل الملكُ مِنْ المَضْمُون لهُ إِلى الضَّامِنِ لاجْتَمَعَ البَدَلان فِي ملك شَخْصٍ وَاحدٍ وَهُوَ لا يَجُوزُ. وَالضِّمْنيَّاتُ لا مُعْتَبَرَ بِهَا (قَوْلُهُ وَلأَنَّ السَّبَبَ) دَليلٌ آخَرُ عَلى إِفَادَة البَيْعِ الفَاسد الملكَ بَعْدَ القَبْضِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ السَّبَبَ: يَعْنِي البَيْعَ الفَاسدَ (قَدْ ضَعُفَ لمَكَان اقْتِرَانه بالقَبيح فَيُشْتَرَطُ اعْتِمَادُهُ بالقَبْضِ فِي إِفَادَة الحُكْمِ) لأَنَّ للقَبْضِ شَبَهًا بالإِيجَاب فَصَارَ كَأَنَّ إِيجَابَ البَيْعِ الفَاسد ازْدَادَ قُوَّةً فِي نَفْسه فَهُوَ كَالهِبَة فِي احْتِيَاجه إِلى مَا يُعَضِّدُهُ العَقْدُ مِنْ القَبْضِ (قَوْلُهُ وَالمَيْتَةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ الخَصْمِ المُتَنَازَعِ فِيه عَلى البَيْعِ بالمَيْتَة. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ المَيْتَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ لا يَجُوزُ فيه البَيْعُ لفَوَات رُكْنه، وَلوْ كَانَ الخَمْرُ مُثَمَّنًا وَهُوَ مَا إِذَا اشْتَرَى الخَمْرَ بالدَّرَاهِمِ فَقَدْ خَرَّجْنَاهُ: يَعْنِي فِي أَوَائِل البَيْعِ الفَاسد وَأَرَادَ به مَا قَالهُ، وَأَمَّا بَيْعُ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ إِنْ كَانَ بالدَّيْنِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانيرِ فَالبَيْعُ بَاطِلٌ وَلا يَلزَمُ مِنْ بُطْلان البَيْعِ فِيمَا إِذَا كَانَ الخَمْرُ مُثَمَّنًا بُطْلانُ البَيْعِ فِي المُتَنَازَعِ فيه وَفِي شَيْءٍ آخرَ: أَيْ دَليلٍ آخرَ سوَى مَا ذَكَرْنَا هُنَاكَ وَهُوَ أَنَّ العَقْدَ الوَاقِعَ عَلى الخَمْرِ يُوجِبُ القيمَةَ لا عَيْنَ الخَمْرِ لأَنَّ المُسْلمَ مَمْنوعٌ عَنْ تَسْليمِ الخَمْرِ وَتَسَلُّمها، فَلوْ قُلنَا بانْعقَاد البَيْعِ فِي الصُّورَة المَذْكُورَة لجَعَلنَا القيمَةَ مُثَمَّنًا لأَنَّ كُل عَيْنٍ يُقَابلُهُ الدَّرَاهِمُ أَوْ الدَّنَانيرُ فِي البَيْعِ هُوَ مُثَمَّنٌ لتَعَيُّنِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانير للثَّمَنيَّة خلقَةً وَشَرْعًا.

وَلا عَهْدَ لَنَا بذَلكَ فِي صُورَة مَنْ صُوَّرَ البِيَاعَات فَالقَوْلُ به تَغْيِيرٌ للمَشْرُوعِ فَحَكَمْنَا بِبُطْلانه (قَوْلُهُ ثُمَّ شُرِطَ أَنْ يَكُونَ القَبْضُ بإِذْنِ البَائِعِ) إِشَارَةٌ إِلى صحَّة الإِذْنِ بالدَّلالَة، كَمَا إِذَا قَبَضَهُ بِمَجْلسِ العَقْدِ بِحَضْرَته قَبْل الافْتِرَاق وَلَمْ يَنْهَهُ فَإِنَّهُ يَصحُّ

اسْتِحْسَانًا (قَوْلُهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ) احْتِرَازٌ عَمَّا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الإِيضَاحِ، وَسَمَّاهُ الرِّوَايَةَ المَشْهُورَةَ فَقَالَ: وَمَا قَبَضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ البَائِعِ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ فَهُوَ كَمَا لَمْ يُقْبَضْ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ هِيَ المَشْهُورَةُ. وَجْهُ الصَّحِيحِ أَنَّ البَيْعَ تَسْلِيطٌ مِنْهُ عَلَى القَبْضِ، فَإِذَا قَبَضَهُ بِحَضْرَتِهِ قَبْلَ الافْتِرَاقِ وَلَمْ يَنْهَهُ كَانَ بِحُكْمِ التَّسْلِيطِ السَّابِقِ فَيُكْتَفَى بِهِ، وَعَلَى هَذَا القَبْضِ فِي الهِبَةِ فِي مَجْلِسِ العَقْدِ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَى رِوَايَةِ صَاحِبِ الإِيضَاحِ يَحْتَاجُ إِلَى الفَرْقِ بَيْنَ الهِبَةِ وَالبَيْعِ الفَاسِدِ، وَذَلِكَ بِأَنَّ العَقْدَ إِذَا وَقَعَ فَاسِدًا لَمْ يَتَضَمَّنْ تَسْلِيطًا عَلَى القَبْضِ لأَنَّ التَّسْلِيطَ لَوْ ثَبَتَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِمُقْتَضَاهُ شَرْعًا وَالفَاسِدُ يَجِبُ إِعْدَامُهُ فَلَمْ يَثْبُتْ المُقْتَضَى وَهُوَ التَّسْلِيطُ عَلَى القَبْضِ، بِخِلافِ مَا إِذَا وَهَبَ فَإِنَّهُ يَكُونُ تَسْلِيطًا عَلَى القَبْضِ اسْتِحْسَانًا مَا دَامَ فِي المَجْلِسِ، لأَنَّ التَّصَرُّفَ وَقَعَ صَحِيحًا فَجَازَ أَنْ يَكُونَ تَسْلِيطًا بِمُقْتَضَاهُ، وَإِنَّمَا يَتَوَقَّفُ عَلَى المَجْلِسِ لأَنَّ القَبْضَ رُكْنٌ فِي بَابِ الهِبَةِ وَأَنَّهُ يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ القَبُولِ فِي حَقِّ الحُكْمِ، فَكَمَا أَنَّ القَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَى المَجْلِسِ فَكَذَا التَّسْلِيطُ عَلَى القَبْضِ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ فِي العَقْدِ عِوَضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَالٌ لِيَتَحَقَّقَ رُكْنُ البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، فَيَخْرُجُ عَنْ هَذَا الاشْتِرَاطِ البَيْعُ بِالمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالحُرِّ وَالرِّيحِ الَّتِي تَهُبُّ وَالبَيْعُ مَعَ نَفْيِ الثَّمَنِ وَيُجْعَلُ الكُلُّ بَاطِلا لِعَدَمِ المَالِيَّةِ فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ سَوَاءٌ كَانَتْ ثَمَنًا أَوْ مُثَمَّنًا، لَكِنْ ذَكَرَ جِهَةَ الأَثْمَانِ لِيُعْلَمَ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ مَبِيعَةً كَانَ البَيْعُ أَوْلَى بِالبُطْلانِ. وَقَوْلُهُ أَيْ قَوْلُ القُدُورِيِّ لَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ المَبِيعُ مِنْ ذَوَاتِ القِيَمِ كَالحَيَوَانِ وَالعَدَدِيَّاتِ المُتَفَاوِتَةِ، فَأَمَّا فِي ذَوَاتِ الأَمْثَالِ كَالمَكِيلاتِ وَالمَوْزُونَاتِ وَالعَدَدِيَّاتِ المُتَقَارِبَةِ فَيَجِبُ المِثْلُ لأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ بِالقَبْضِ فَشَابَهَ الغَصْبَ، وَالحُكْمُ فِي الغَصْبِ كَذَلِكَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ المِثْلَ صُورَةً وَمَعْنًى أَعْدَلُ مِنْ المِثْلِ مَعْنًى فَلا يُعْدَلُ عَنْهُ إِلا إِذَا تَعَذَّرَ.

قَالَ (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ المُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ) رَفْعًا لِلْفَسَادِ، وَهَذَا قَبْلَ القَبْضِ ظَاهِرٌ؛ لأَنَّهُ لَمْ يُفِدْ حُكْمَهُ فَيَكُونُ الفَسْخُ امْتِنَاعًا مِنْهُ، وَكَذَا بَعْدَ القَبْضِ إِذَا كَانَ الفَسَادُ فِي صُلْبِ العَقْدِ لِقُوَّتِهِ، وَإِنْ كَانَ الفَسَادُ بِشَرْطٍ زَائِدٍ فَلِمَنْ لَهُ الشَّرْطُ ذَلِكَ دُونَ مَنْ عَلَيْهِ لِقُوَّةِ العَقْدِ، إِلا أَنَّهُ لَمْ تَتَحَقَّقِ المُرَاضَاةُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ الشَّرْطُ. قَالَ (فَإِنْ بَاعَهُ المُشْتَرِي نَفَذَ بَيْعُهُ)؛ لأَنَّهُ مَلَكَهُ فَمَلَكَ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَسَقَطَ حَقُّ الاسْتِرْدَادِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ العَبْدِ بِالثَّانِي

وَنُقِضَ الأَوَّلُ لحقِّ الشَّرعِ وَحَقُّ العَبدِ مُقَدَّمٌ لحَاجَتِهِ وَلأَنَّ الأَوَّل مَشرُوعٌ بأَصلهِ دُونَ وَصفِهِ، وَالثَّانِيَ مَشرُوعٌ بأَصلهِ وَوَصفِهِ فَلا يُعَارِضُهُ مُجَرَّدُ الوَصفِ؛ وَلأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسليطٍ مِن جِهَةِ البَائِعِ، بِخِلافِ تَصرُّفِ المُشتَرِي فِي الدَّارِ المَشفُوعَةِ؛ لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا حَقُّ العَبدِ وَيَستَوِيَانِ فِي المَشرُوعِيَّةِ وَمَا حَصَل بِتَسليطٍ مِن الشَّفِيعِ.

الشرح:

قَال (**وَلِكُل وَاحِد مِنْ المُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ** رَفْعًا للفَسَاد إلخْ) لكُل وَاحِدٍ مِنْ مُتَعَاقِدَيْ البَيْعِ الفَاسِدِ لهُ فَسْخُ البَيْعِ رَفْعًا للفَسَاد سَوَاءٌ كَانَ قَبْل القَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ، أَمَّا إذَا كَانَ قَبْل القَبْضِ فَلمَا تَقدَّمَ أَنَّهُ لمْ يُفِدْ الحُكْمَ فَكَانَ الفَسْخُ امْتِنَاعًا مِنْ أَنْ يُفِيدَ الحُكْمَ، وَأَمَّا إذَا كَانَ بَعْدَهُ فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ الفَسَادُ فِي صُلبِ العَقْدِ: أَيْ لمَعْنًى فِي أَحَدِ البَدَليْنِ كَبَيْعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ وَبَيْعِ ثَوْبٍ بِخَمْرٍ، أَوْ لشَرْطٍ فَاسِدٍ زَائِد كَاشْتِرَاط مَا يَنْتَفِعُ بِه أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ وَالبَيْعِ إلى النَّيْرُوزِ وَالمِهْرَجَانِ وَنَحْوِ ذَلكَ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ كَانَ لكُلٍّ مِنْهُمَا فَسْخُهُ بِحَضْرَةِ صَاحِبِه عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد رَحِمَهُمَا اللهُ لقُوَّةِ الفَسَادِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ بِحَضْرَتِه وَغَيْبَتِه. وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلكُلٍّ مِنْهُمَا ذَلكَ إذَا كَانَ قَبْل القَبْضِ، وَأَمَّا إذَا كَانَ بَعْدَهُ فَللذِي لهُ الشَّرْطُ أَنْ يَفْسَخَهُ بِحَضْرَةِ صَاحِبِه إذَا كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي عَلى حَالِه لمْ يَزِدْ وَلمْ يَنْقُصْ.

وَأَمَّا إذَا لمْ يَكُنْ كَذَلكَ فَفِيه تَفْصِيلٌ يُطْلَبُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ، قِيل المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ قَوْلُ مُحَمَّد. وَوَجْهُهُ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ العَقْدَ قَوِيٌّ فَكَانَ الوَاجِبُ أَنْ لا يَكُونَ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ حَقُّ الفَسْخِ لكِنَّ الرِّضَا لمْ يَتَحَقَّقْ فِي حَقِّ مَنْ لهُ الشَّرْطُ فَلهُ أَنْ يَفْسَخَهُ، وَأَمَّا عَلى قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ فَلكُل وَاحِد مِنْ المُتَعَاقِدَيْنِ حَقُّ الفَسْخِ لأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ حَقًّا للشَّرْعِ فَانْتَفَى اللُّزُومُ عَنْ العَقْد، وَفِي العَقْد الغَيْرِ اللازِمِ يَتَمَكَّنُ كُلُّ وَاحِد مِنْ المُتَعَاقِدَيْنِ مِنْ فَسْخِه، كَذَا فِي الذَّخِيرَةِ وَالإِيضَاحِ وَالكَافِي، فَإِنْ بَاعَ المُشْتَرِي المَقْبُوضَ بِالشِّرَاءِ الفَاسِدِ نَفَذَ بَيْعُهُ لأَنَّهُ مَلكَهُ بِالقَبْضِ، وَكُلُّ مَنْ مَلكَ بِالقَبْضِ شَيْئًا يَمْلكُ التَّصرُّفَ فِيه، سَوَاءٌ كَانَ تَصرُّفًا لا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ كَالإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ، أَوْ يَحْتَمِلُهُ كَالبَيْعِ وَالهِبَةِ. وَرُدَّ بِأَنَّ المَبِيعَ لوْ كَانَ مَأْكُولا لمْ يَحِل أَكْلُهُ، وَلوْ كَانَتْ جَارِيَةً لمْ يَحِل وَطْؤُهَا ذَكَرَهُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ، فَلمْ يَمْلكْ التَّصرُّفَ مُطْلقًا.

وَأُجِيبَ بِالمَنْعِ.

فَإِنَّ مُحَمَّدًا نَصَّ فِي كِتَابِ الاسْتِحْسَانِ عَلى حل تَنَاوُله قَال لأَنَّ البَائِعَ سَلطَهُ عَلى ذَلكَ. وَذَكَرَ شَمْسُ الأَئمَّة الحَلوَانِيُّ: يُكْرَهُ الوَطْءُ وَلا يَحْرُمُ، فَالمَذْكُورُ فِي شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ يُحْمَلُ عَلى عَدَمِ الطِّيبِ، وَلئِنْ سُلمَ فَالوَطْءُ مِمَّا لا يُسْتَبَاحُ بِصَرِيحِ التَّسْليط فَبِدَلالته أَوْلى، وَجَوَازُ التَّصَرُّف بِاعْتِبَارِ أَصْل الملك وَهُوَ يَنْفَكُّ عَنْ صِفَة الحل. وَإِذَا كَانَ البَيْعُ نَافِذًا سَقَطَ حَقُّ ارْتِدَاد البَائِع لتَعَلُّقِ حَقِّ العَبْدِ؟ وَهُوَ المُشْتَرِي الثَّانِي بِالبَيْعِ الثَّانِي وَنَقْضُ البَيْعِ الأَوَّل لحَقِّ الشَّرْعِ. وَإِذَا اجْتَمَعَ حَقُّ الشَّرْعِ وَحَقُّ العَبْد يُقَدَّمُ حَقُّ العَبْد لحَاجَته وَغِنَى الشَّرْعِ، وَفِيه بَحْثٌ لأَنَّ التَّصَرُّفَ إِنْ كَانَ إِجَارَةً أَوْ تَزْوِيجًا لمْ يَسْقُطْ حَقُّ اسْتِرْدَاده، وَكَذَا إِذَا مَاتَ المُشْتَرِي وَوَرِثَ وَارِثُهُ المُشْتَرَى وَإِنْ تَعَلقَ بِذَلكَ حَقُّ العَبْد فَكَانَ ذَلكَ تَحَكُّمًا. وَأُجِيبَ عَنْ الأَوَّل بِأَنَّ الإِجَارَةَ عَقْدٌ ضَعِيفٌ يُفْسَخُ بِالأَعْذَارِ وَفَسَادُ الشِّرَاءِ عُذْرٌ فِي فَسْخِهَا كَمَا يَأْتِي، وَلمْ يَذْكُرْ مُحَمَّدٌ مَنْ يَفْسَخُهَا.

وَذُكِرَ فِي النَّوَادِرِ أَنَّ القَاضِيَ يَفْسَخُهَا، وَالتَّزْوِيجُ يُشْبِهُ الإِجَارَةَ لوُرُوده عَلى المَنْفَعَة، وَالبَيْعُ يَرِدُ عَلى ملك الرَّقَبَة وَالفَسْخُ كَذَلكَ، فَتَعَلُّقُ حَقِّ الزَّوْجِ بِالمَنْفَعَة لا يَمْنَعُ الفَسْخَ عَلى الرَّقَبَة وَالنِّكَاحُ عَلى حَاله قَائِمٌ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ ملكَ الوَارِث فِي حُكْمِ عَيْنِ مَا كَانَ للمَوْرُوث وَلهَذَا يُرَدُّ بِالعَيْب وَيُرَدُّ عَليْه، وَذَلكَ الملكُ كَانَ مُسْتَحَقَّ النَّقْضِ فَانْتَقَل إِلى الوَارِث كَذَلكَ، حَتَّى لوْ مَاتَ البَائِعُ كَانَ لوَارِثه أَنْ يَسْتَرِدَّ المَبِيعَ مِنْ المُشْتَرِي بِحُكْمِ الفَسَاد، وَهَذَا بِخِلاف مَا إِذَا أَوْصَى المُشْتَرِي بِالمُشْتَرَى لشَخْصٍ ثُمَّ مَاتَ حَيْثُ لمْ يَبْقَ للبَائِعِ حَقُّ الاسْتِرْدَاد مِنْ المُوصَى لهُ لأَنَّ المُوصَى لهُ بِمَنْزِلة المُشْتَرِي الثَّانِي فِي ثُبُوت ملك مُتَجَدِّد لهُ سَبَبٌ اخْتِيَارِيٌّ ليْسَ فِي حُكْمِ عَيْنِ مَا كَانَ للمُوصِي وَلهَذَا لا يُرَدُّ بِالعَيْب.

فَإِنْ قِيل: قَوْلُهُمْ إِذَا اجْتَمَعَ الحَقَّان يُقَدَّمُ حَقُّ العَبْد مَنْقُوضٌ بِمَا إِذَا كَانَ فِي يَد حَلالٍ صَيْدٌ ثُمَّ أَحْرَمَ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَليْه إِرْسَالُهُ وَفِيه تَقْدِيمُ حَقِّ الشَّرْعِ. أُجِيبَ بِأَنَّ الوَاجِبَ فِيه الجَمْعُ بَيْنَ الحَقَّيْنِ لإِمْكَانه أَنَّهُ بِالإِرْسَال فِي مَوْضِعٍ لا يَضِيعُ ملكُهُ لا التَّرْجِيحُ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُصَارُ إِليْه إِذَا امْتَنَعَ الجَمْعُ (قَوْلُهُ وَلأَنَّ الأَوَّل) دَليلٌ آخَرُ عَلى سُقُوط حَقِّ اسْتِرْدَادِ البَائِعِ. وَوَجْهُهُ أَنَّ البَيْعَ الأَوَّل مَشْرُوعٌ بِأَصْله دُونَ وَصْفِه لمَا تَقَدَّمَ مِنْ مَعْرِفَة مَاهِيَّة الفَاسِد عِنْدَنَا، وَالبَيْعُ الثَّانِي مَشْرُوعٌ بِأَصْله وَوَصْفِه إِذْ لا خَلل فِيه لا فِي

رُكْنِهِ وَلا فِي عَوَارِضِهِ فَلا يُعَارِضُهُ مُجَرَّدُ الوَصْفِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ الفَاسِدَ لا يُعَارِضُ الصَّحِيحَ (قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ) دَلِيلٌ آخَرُ عَلَى ذَلِكَ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ البَيْعَ الثَّانِيَ حَصَلَ بِتَسْلِيطِ البَائِعِ الأَوَّلِ حَيْثُ كَانَ القَبْضُ بِإِذْنِهِ، فَاسْتِرْدَادُهُ نَقْضُ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ وَذَلِكَ بَاطِلٌ. وَنُوقِضَ بِاسْتِرْدَادِهِ قَبْلَ وُجُودِ البَيْعِ الثَّانِي فَإِنَّهُ نَقَضَ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ. وَالجَوَابُ أَنَّا لا نُسَلِّمُ التَّمَامَ فِيهِ، فَإِنَّ كُلا مِنَ المُتَعَاقِدَيْنِ يَمْلِكُ الفَسْخَ فَأَيْنَ التَّمَامُ، فَإِذَا بَاعَ المُشْتَرِي فَقَدْ انْتَهَى مِلْكُهُ وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ الفَسْخَ وَالمَنْهِيُّ مُقَرَّرٌ. وَإِذَا تَقَرَّرَ فَقَدْ تَمَّ وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إلا مِنْهُ ابْتِدَاءً فَيَكُونُ الاسْتِرْدَادُ نَقْضًا لِمَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ (قَوْلُهُ بِخِلافِ تَصَرُّفِ المُشْتَرِي) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ لَوْ كَانَ تَعَلُّقُ حَقِّ الغَيْرِ بِالمُشْتَرِي مَانِعًا عَنْ نَقْضِ التَّصَرُّفِ لَمْ يَنْقُضْ تَصَرُّفَاتِ المُشْتَرِي فِي الدَّارِ المَشْفُوعَةِ مِنْ البَيْعِ وَالهِبَةِ وَالبِنَاءِ وَغَيْرِهَا لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِهَا لَكِنْ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَنْقُضَهَا. وَتَوْجِيهُ الجَوَابِ مَا قَالَ إنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ حَقِّ المُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ حَقُّ العَبْدِ وَيَسْتَوِيَانِ فِي المَشْرُوعِيَّةِ فَيَجُوزُ نَقْضُ أَحَدِهِمَا لِلآخَرِ بِدَلِيلٍ يَقْتَضِيهِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ تَعَلُّقَ حَقِّ الغَيْرِ إنَّمَا يَمْنَعُ النَّقْضَ إذَا كَانَ فِي مُقَابَلَتِهِ مَا هُوَ مَرْجُوحٌ عِنْدَهُ، وَأَمَّا إذَا كَانَ مَا هُوَ رَاجِحٌ فَلا يَمْنَعُ وَحَقُّ الشَّفِيعِ رَاجِحٌ لأَنَّهُ عِنْدَ صِحَّةِ الأَخْذِ تَتَحَوَّلُ الصَّفْقَةُ إلَيْهِ فَتَبْقَى تَصَرُّفَاتُ المُشْتَرِي بِلا سَنَدٍ فَيُنْقَضُ، وَلأَنَّهُ مَا حَصَلَ التَّسْلِيطُ مِنْ جِهَةِ الشَّفِيعِ لِيَكُونَ نَقْضُهُ نَقْضًا لِمَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ، وَهَذَا لأَنَّ التَّسْلِيطَ إنَّمَا يَثْبُتُ بِالإِذْنِ أَوْ بِإِثْبَاتِ المِلْكِ المُطْلَقِ لِلتَّصَرُّفِ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْ الشَّفِيعِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ

قَالَ (وَمَنِ اشتَرَى عَبدًا بِخَمرٍ أَو خِنزِيرٍ فَقَبَضَهُ وَأَعتَقَهُ أَو بَاعَهُ أَو وَهَبَهُ وَسَلمَهُ فَهُوَ جَائِزٌ وَعَلَيهِ القِيمَةُ) لِمَا ذَكَرنَا أَنَّهُ مَلَكَهُ بِالقَبضِ فَتَنفُذُ تَصَرُّفَاتُهُ، وَبِالإِعتَاقِ قَد هَلَكَ فَتَلزَمُهُ القِيمَةُ، وَبِالبَيعِ وَالهِبَةِ انقَطَعَ الاستِردَادُ عَلَى مَا مَرَّ، وَالكِتَابَةُ وَالرَّهنُ نَظِيرُ البَيعِ؛ لأَنَّهُمَا لازِمَانِ. إلا أَنَّهُ يَعُودُ حَقُّ الاستِردَادِ بِعَجزِ المُكَاتَبِ وَفَكِّ الرَّهنِ لِزَوَالِ المَانِعِ. وَهَذَا بِخِلافِ الإِجَارَةِ؛ لأَنَّهَا تُفسَخُ بِالأَعذَارِ، وَرَفعُ الفَسَادِ عُذرٌ؛ وَلأَنَّهَا تَنعَقِدُ شَيئًا فَشَيئًا فَيَكُونُ الرَّدُّ امتِنَاعًا.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ فَقَبَضَهُ إلخ) **وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِخَمْرٍ أَوْ**

خنْزِيرٍ فقَبَضَهُ بِإِذْنِ البَائِعِ وَأَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ بَيْعًا صَحِيحًا وَأَعادَ لفْظَ البَيْعِ كَرَاهَةَ أَنْ يُغَيِّرَ لَفْظَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لوْ تَرَكَهُ (أَوْ وَهَبَهُ وَسَلمَهُ فَهُوَ) أَيْ مَا فَعَل مِنْ هَذه التَّصَرُّفَات (جَائِزٌ وَعَلَيْه القِيمَةُ) أَمَّا جَوَازُهُ فَ (لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مَلكَهُ بالقَبْضِ) وَالملكُ مُطْلَقُ التَّصرُّف فَيَنْفُذُ، وَأَمَّا وُجُوبُ القِيمَة فَلمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بنَفْسه بالقَبْضِ فَشَابَهُ الغَصْبَ (وَبالإِعْتَاق قَدْ هَلكَ) فَصَارَ كَمَغْصُوب هَلكَ وَفيه القيمَةُ (وَبالهبَة) وَالتَّسْليمِ (وَالبَيْعِ انْقَطَعَ حَقُّ الاسْتِرْدَاد عَلى مَا مَرَّ) آنفًا منْ قَوْله لتَعَلُّقِ حَقِّ العَبْد بالثَّاني (وَالكتَابَةُ وَالرَّهْنُ نَظيرُ البَيْعِ لأَنَّهُمَا لازمَان) فَإِنَّ الرَّهْنَ إِذْ اتَّصَل بالقَبْضِ صَارَ لازمًا في حَقِّ الرَّاهنِ كَالكتَابَة في حَقِّ المَوْلى (إلا أَنَّ حَقَّ الاسْتِرْدَاد يَعُودُ بعَجْزِ المُكَاتَبِ وَفَكِّ الرَّهْنِ لزَوَال المَانعِ) وَهُوَ تَعَلُّقُ حَقِّ العَبْد.

قيل وَليْسَ لتَخْصيصهمَا في عَوْد الاسْترْدَاد فَائدَةٌ زَائدَةٌ. فَإِنَّهُ ثَابتٌ في جَميعِ الصُّوَرِ إذَا نَقضَ التَّصرُّفَات. حَتَّى لوْ رُدَّ المَبيعُ بعَيْب قَبْل القَضَاء بالقيمَة أَوْ رَجَعَ الوَاهبُ في هبَته عَادَ للبَائعِ وِلايَةُ الاسْتِرْدَاد لعَوْد قَديمِ ملكه إليْه، ثُمَّ عَوْدُ حَقِّ الاسْترْدَاد في جَميعِ الصُّوَرِ إِنَّمَا يَكُونُ إذَا لمْ يَقْضِ عَلى المُشْتَري بالقيمَة، وَأَمَّا إذَا كَانَ بَعْدَ القَضَاء بذَلكَ فَقَدْ تَحَوَّل الحَقُّ إلى القيمَة فَلا يَعُودُ إلى العَيْنِ كَمَا إذَا قَضَى عَلى الغَائب بقيمَة المَغْصُوب الآبق ثُمَّ عَادَ (قَوْلُهُ وَهَذَا) أَيْ انْقطَاعُ الاسْترْدَاد بالتَّصَرُّفَات المَذْكُورَة (بخلاف الإِجَارَة) فَإِنَّ حَقَّ الاسْترْدَاد فيهَا لا يَنْقَطعُ لمَا ذَكَرْنَا (أَنَّهَا تُفْسَخُ بالأَعْذَار، وَرَفْعُ الفَسَاد منْ أَقْوَى الأَعْذَارِ وَلأَنَّهَا تَنْعَقدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَيَكُونُ الرَّدُّ امْتنَاعًا) وَلعَل في الجَوَابَيْنِ إِشَارَةً إلى المَذْهَبَيْنِ فيهَا.

قَال (وَليسَ للبَائعِ فِي البَيعِ الفَاسِدِ أَن يَأخُذَ المَبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ)؛ لأَنَّ المَبِيعَ مُقَابَلٌ بِهِ فَيَصِيرُ مَحبُوسًا بِهِ كَالرَّهنِ (وَإِن مَاتَ البَائعُ فَالمُشتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَستَوفِيَ الثَّمَنَ)؛ لأَنَّهُ يُقَدَّمُ عَليهِ فِي حَيَاتِهِ، فَكَذَا عَلى وَرَثَتِهِ وَغُرَمَائِهِ بَعدَ وَفَاتِهِ كَالرَّاهِنِ ثُمَّ إن كَانَت دَرَاهِمُ الثَّمَنِ قَائِمَةً يَأخُذُهَا بِعَينِهَا؛ لأَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي البَيعِ الفَاسِدِ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الغَصبِ، وَإِن كَانَت مُستَهلكَةً أَخَذَ مِثلهَا لمَا بَيَّنَّا.

الشرح:

قَال (وَليْسَ للبَائِعِ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ أَنْ يَأْخُذَ المَبِيعَ حَتَّى يَرُدَّ الثَّمَنَ) قَال فِي

النِّهَايَة: أَيْ القِيمَةَ التِي أَخَذَهَا مِنْ المُشْتَرِي وَلَيْسَ بِوَاضِحٍ، بَل المُرَادُ بِه مَا أَخَذَهُ البَائِعُ فِي مُقَابَلَة المَبِيعِ عَرْضًا كَانَ أَوْ نَقْدًا ثَمَنًا كَانَ أَوْ قِيمَةً. وَهَذَا الحُكْمُ ثَابِتٌ فِي الإِجَارَة الفَاسِدَة أَيْضًا وَغَيْرِهَا (فَيَصِيرُ المَبِيعُ مَحْبُوسًا بِالمَقْبُوضِ) فَكَانَ لَهُ وِلايَةُ أَنْ لا يَدْفَعَ المَبِيعَ إِلى أَنْ يَأْخُذَ الثَّمَنَ مِنْ البَائِعِ كَمَا فِي الرَّهْنِ، لكِنَّهُ يُفَارِقُهُ مِنْ وَجْه آخَرَ وَهُوَ أَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِقَدْرِ الدَّيْنِ لا غَيْرُ، وَهَاهُنَا المَبِيعُ مَضْمُونٌ بِجَمِيعِ قِيمَتِه كَمَا فِي الغَصْبِ (وَإِنْ مَاتَ البَائِعُ فَالمُشْتَرِي أَحَقُّ بِه حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ لأَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْه حَال حَيَاتِه) لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ لِلمُشْتَرِي حَقَّ مَنْعِ البَائِعِ مِنْ المَبِيعِ إِلى أَنْ يَأْخُذَ مَا أَدَّى إِلَيْه، وَكُلُّ مَنْ يُقَدَّمُ عَلَيْه حَال حَيَاتِه يُقَدَّمُ عَلى غُرَمَائِه وَوَرَثَتِه بَعْدَ وَفَاتِه كَالمُرْتَهِنِ، فَإِنَّ الرَّاهِنَ إِذَا مَاتَ وَلَهُ وَرَثَةٌ وَغُرَمَاءُ فَالمُرْتَهِنُ أَحَقُّ بِالرَّهْنِ مِنْ الوَرَثَة وَالغُرَمَاءِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الدَّيْنَ (ثُمَّ إِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ الثَّمَنِ قَائِمَةً يَأْخُذُهَا بِعَيْنِهَا لأَنَّهَا) فِيه (تَتَعَيَّنُ) بِالتَّعْيِينِ عَلى رِوَايَة أَبِي سُلَيْمَانَ (وَهُوَ الأَصَحُّ) وَعَلى رِوَايَة أَبِي حَفْصٍ لا تَتَعَيَّنُ، وَالقَبْضُ الفَاسِدُ وَهُوَ دَرَاهِمُ بِدَرَاهِمَ إِلى أَجَلٍ فِي تَعْيِينِ المَقْبُوضِ لِلرَّدِّ عَلى الرِّوَايَتَيْنِ، وَجْهُ رِوَايَة أَبِي حَفْصٍ الاعْتِبَارُ بِالبَيْعِ الصَّحِيحِ. وَوَجْهُ رِوَايَة أَبِي سُلَيْمَانَ مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ أَنَّ الثَّمَنَ فِي يَدِ البَائِعِ بِمَنْزِلَة المَغْصُوبِ فِي كَوْنِهِمَا مَقْبُوضَيْنِ لا عَلى وَجْه مَشْرُوعٍ.

وَقِيل فِي حُكْمِ النَّقْضِ وَالاسْتِرْدَاد وَالدَّرَاهِمِ المَغْصُوبَة تَتَعَيَّنُ لِلرَّدِّ يَجِبُ رَدُّ عَيْنِهَا إِذَا كَانَتْ قَائِمَةً (وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً أَخَذَ مِثْلَهَا لِمَا بَيَّنَّا) أَنَّهُ بِمَنْزِلَة المَغْصُوبِ وَالحُكْمُ فِيه كَذَلكَ. وَذَكَرَ فِي الفَوَائِد الظَّهِيرِيَّة أَنَّ المَبِيعَ يُبَاعُ لِحَقِّ المُشْتَرِي. فَإِنْ فَضَل شَيْءٌ يُصْرَفُ إِلى الغُرَمَاءِ كَمَا فِي بَيْعِ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ.

قَال (وَمَن بَاعَ دَارًا بَيعًا فَاسِدًا فَبَنَاهَا المُشتَرِي فَعَلَيهِ قِيمَتُهَا) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَرَوَاهُ يَعقُوبُ عَنهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ ثُمَّ شَكَّ بَعدَ ذَلكَ فِي الرِّوَايَة. (وَقَالا: يُنقَضُ البِنَاءُ وَتُرَدُّ الدَّارُ) وَالغَرسُ عَلَى هَذَا الاختِلافِ. لَهُمَا أَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ أَضعَفُ مِن حَقِّ البَائِعِ حَتَّى يَحتَاجُ فِيهِ إِلى القَضَاءِ وَيَبطُلُ بِالتَّأخِيرِ، بِخِلافِ حَقِّ البَائِعِ، ثُمَّ أَضعَفُ الحَقَّينِ لا يَبطُلُ بِالبِنَاءِ فَأَقوَاهُمَا أَولى، وَلَهُ أَنَّ البِنَاءَ وَالغَرسَ مِمَّا يُقصَدُ بِهِ الدَّوَامُ وَقَد حَصَل بِتَسليطٍ مِن جِهَة البَائِعِ فَيَنقَطِعُ حَقُّ الاستِردَادِ كَالبَيعِ، بِخِلافِ حَقِّ الشَّفِيعِ؛ لأَنَّهُ لم يُوجَد مِنهُ التَّسلِيطُ وَلِهَذَا لا يَبطُلُ بِهِبَة المُشتَرِي وَبَيعِهِ فَكَذَا بِبِنَائِهِ وَشَكَّ يَعقُوبُ

فِي حفظِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ عَلَى الاختِلافِ فِي كِتَابِ الشُّفعَةِ فَإِنَّ حَقَّ الشُّفعَةِ مَبنِيٌّ عَلَى انقِطَاعِ حَقِّ البَائِعِ بِالبِنَاءِ وَثُبُوتِهِ عَلَى الاختِلافِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ **دَارًا بَيْعًا فَاسِدًا فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي** فَعَلَيْه قِيمَتُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُنْقَضُ البِنَاءُ وَتُرَدُّ الدَّارُ) وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى أَرْضًا وَغَرَسَ فِيهَا.

وَذُكِرَ فِي الإِيضَاحِ أَنَّ قَوْل أَبِي يُوسُفَ هَذَا هُوَ قَوْلُهُ الأَوَّلُ وَقَوْلُهُ آخِرًا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ (لَهُمَا أَنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ أَضْعَفُ مِنْ حَقِّ البَائِعِ لأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى القَضَاءِ) أَوْ الرِّضَا (وَيَبْطُلُ بِالتَّأْخِيرِ) وَلا يُورَثُ (بِخِلافِ حَقِّ البَائِعِ) فَإِنَّهُ لا يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ، وَقَدْ تَقَدَّمَ **أَنَّ البَائِعَ بَيْعًا فَاسِدًا إِذَا مَاتَ كَانَ لِوَرَثَتِه الاسْتِرْدَادُ**، وَالأَضْعَفُ إِذَا لَمْ يَبْطُل بِشَيْءٍ فَالأَقْوَى لا يَبْطُلُ بِه وَهُوَ بَدِيهِيٌّ، وَحَقُّ الشَّفِيعِ لا يُبْطِلُ البِنَاءَ وَالغَرْسَ فَحَقُّ البَائِعِ كَذَلِكَ (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ البِنَاءَ وَالغَرْسَ حَصَلَ لِلْمُشْتَرِي بِتَسْلِيطٍ مِنْ جِهَةِ البَائِعِ) وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ (يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الاسْتِرْدَادِ كَالبَيْعِ) الحَاصِلِ مِنْ الْمُشْتَرِي (بِخِلافِ الشَّفِيعِ إِذْ التَّسْلِيطُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ) وَلِهَذَا لَوْ وَهَبَهَا الْمُشْتَرِي لَمْ يَبْطُل حَقُّ الشَّفِيعِ، وَكَذَا لَوْ بَاعَهَا مِنْ آخَرَ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ بِالبَيْعِ الثَّانِي بِالثَّمَنِ أَوْ بِالأَوَّلِ بِالقِيمَةِ وَإِنْ كَانَ لا شُفْعَةَ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ لأَنَّ حَقَّ البَائِعِ قَدْ انْقَطَعَ هَاهُنَا، وَعَلَى هَذَا صَارَ حَقُّ الشَّفِيعِ لِعَدَمِ التَّسْلِيطِ مِنْهُ أَقْوَى مِنْ حَقِّ البَائِعِ لِوُجُودِهِ مِنْهُ، وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُنَبِّئُكَ أَنَّ قَوْلَهُ مِمَّا يُقْصَدُ بِهِ الدَّوَامُ لا مَدْخَلَ لَهُ فِي الحُجَّةِ. قِيلَ: وَإِنَّمَا أَدْخَلَهُ فِيهَا إِشَارَةً إِلَى الاحْتِرَازِ عَنْ الإِجَارَةِ، فَإِنَّ البِنَاءَ وَالغَرْسَ بِالإِجَارَةِ لا يُقْصَدُ بِهِمَا الدَّوَامُ، وَلَعَلَّهُ ذَكَرَهُ لأَنْ يَلْحَقَهُ بِالبَيْعِ فِي كَوْنِه مَنْهِيًّا مُقَرَّرًا لأَنَّهُ لَمَّا قُصِدَ بِهِ الدَّوَامُ أَشْبَهَ البَيْعَ فَكَانَ مَنْهِيًّا لِلْمِلْكِ فَيَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ الاسْتِرْدَادِ كَالبَيْعِ، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ لانْقِطَاعِ حَقِّ البَائِعِ فِي الاسْتِرْدَادِ بِالبِنَاءِ لِصَيْرُورَتِه حِينَئِذٍ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ الصَّحِيحِ فَيَنْقُضُ الشَّفِيعُ بِنَاءَ الْمُشْتَرِي. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ إِذَا وَجَبَ نَقْضُ البِنَاءِ لِحَقِّ الشَّفِيعِ وَفِيهِ تَقْرِيرُ العَقْدِ الفَاسِدِ وَجَبَ نَقْضُهُ لِحَقِّ البَائِعِ بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى لأَنَّ فِيهِ إِعْدَامَ الفَاسِدِ. وَإِذَا تُؤُمِّلَ مَا ذُكِرَ فَلَيْسَ بِوَارِدٍ، إِذْ البَائِعُ مُسَلِّطٌ دُونَ الشَّفِيعِ، وَلا يَلْزَمُ مِنْ نَقْضِهِ لِمَنْ لَيْسَ بِمُسَلِّطٍ نَقْضُهُ لِمُسَلِّطٍ فَانْتَفَتْ الأَوْلَوِيَّةُ وَبَطَلَتْ الْمُلازَمَةُ.

وَاعْتَرَضَ أَيْضًا بِأَنَّهُ إِذَا نُقِضَ البِنَاءُ لِحَقِّ الشَّفِيعِ وَجَبَ عَوْدُ حَقِّ البَائِعِ فِي الاسْتِرْدَادِ لِوُجُودِ المُقْتَضِي وَهُوَ العَقْدُ الفَاسِدُ وَانْتِفَاءُ المَانِعِ وَهُوَ البِنَاءُ، كَمَا إِذَا بَاعَ المُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا بَيْعًا صَحِيحًا وَرُدَّ عَلَيْهِ المَبِيعُ بِمَا هُوَ فَسْخٌ.

وَأُجِيبَ بِوُجُودِ مَانِعٍ آخَرَ فَإِنَّ المَانِعَ مِنْ الاسْتِرْدَادِ إِنَّمَا يَنْتَفِي بَعْدَ ثُبُوتِ المِلْكِ لِلشَّفِيعِ وَأَنَّهُ مَانِعٌ آخَرُ مِنْ الاسْتِرْدَادِ، وَهَذَا لِأَنَّ النَّقْضَ إِنَّمَا وَجَبَ ضَرُورَةَ إِبْقَاءِ حَقِّ الشَّفِيعِ فَصَارَ النَّقْضُ مُقْتَضَى صِحَّةِ التَّسْلِيمِ إلى الشَّفِيعِ فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَثْبُتَ المُقْتَضِي عَلَى وَجْهٍ يَبْطُلُ بِهِ المُقْتَضَى وَهُوَ التَّسْلِيمُ إلى الشَّفِيعِ. رُوِيَ وُجُوبُ القِيمَةِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَيَعْقُوبَ رَحِمَهُمَا اللهُ، ثُمَّ شَكَّ بَعْدَ ذَلِكَ فِي حِفْظِ الرِّوَايَةِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لا فِي مَذْهَبِهِ. وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَهُ ذَلِكَ تَنْصِيصُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ عَلَى الاخْتِلافِ فِي كِتَابِ الشُّفْعَةِ أَنَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةَ فِي هَذِهِ الدَّارِ التِي اشْتَرَاهَا المُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا وَبَنَى فِيهَا أَوْ غَرَسَ، وَعِنْدَهُمَا لا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ فِيهَا وَحَقُّ اسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى انْقِطَاعِ حَقِّ البَائِعِ فِي الاسْتِرْدَادِ بِالبِنَاءِ وَالغَرْسِ وَثُبُوتُهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فَمَنْ قَالَ بِثُبُوتِهِ قَالَ بِانْقِطَاعِ حَقِّ البَائِعِ، وَمَنْ قَالَ بِانْتِفَائِهِ قَالَ بِعَدَمِ انْقِطَاعِ حَقِّ البَائِعِ لِأَنَّ وُجُودَ المَلْزُومِ بِدُونِ لازِمِهِ مُحَالٌ، وَعَلَى هَذَا فَمَنْ حَفِظَ مَذْهَبَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ لا يَشُكُّ فِي مَذْهَبِهِ فِي انْقِطَاعِ حَقِّ البَائِعِ فِي الاسْتِرْدَادِ فَلَمْ يَبْقَ الشَّكُّ إلا فِي رِوَايَتِهِ عَنْهُ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمُ اللهُ. قَالَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ: هَذِهِ المَسْأَلَةُ هِيَ المَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ التِي جَرَتْ المُحَاوَرَةُ فِيهَا بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ قَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَا رَوَيْت عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَأْخُذُ قِيمَتَهَا، وَإِنَّمَا رَوَيْت لك أَنْ يُنْقَضَ البِنَاءُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: بَل رَوَيْت لِي عَنْهُ أَنَّهُ يَأْخُذُ قِيمَتَهَا، وَهَذَا كَمَا تَرَى يُشِيرُ إلى أَنَّ الشَّكَّ كَانَ فِي الرِّوَايَةِ حَيْثُ لَمْ يَقُل مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ كَذَا، وَإِنَّمَا قَالَ مَا رَوَيْت وَفِيهِ تَأَمُّلٌ. وَلَمَّا كَانَ هَذَا المَوْضِعُ مُحْتَاجًا إلى تَوْكِيدٍ كَرَّرَ المُصَنِّفُ قَوْلَهُ (شَكَّ يَعْقُوبُ فِي الرِّوَايَةِ) وَفِي كَلامِهِ نَوْعُ انْغِلاقٍ لِأَنَّهُ قَالَ: رَوَاهُ يَعْقُوبُ عَنْهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَالرَّاوِي فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْهُ مُحَمَّدٌ لِأَنَّهُ تَصْنِيفُهُ، إلا إِذَا أُرِيدَ بِالجَامِعِ الصَّغِيرِ المَسَائِلُ التِي رَوَاهَا يَعْقُوبُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِمُحَمَّدٍ

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بَيْعًا فَاسِدًا وَتَقَابَضَا فَبَاعَهَا وَرَبِحَ فِيهَا تَصَدَّقَ بِالرِّبْحِ

وَيَطِيبُ للبَائِعِ مَا رَبِحَ فِي الثَّمَنِ) وَالفَرقُ أَنَّ الجَارِيَةَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ فَيَتَعَلَقُ العَقدُ بِهَا فَيَتَمَكَّنُ الخُبثُ فِي الرِّبحِ، وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لا يَتَعَيَّنَانِ عَلى العُقُودِ فَلم يَتَعلق العَقدُ الثَّانِي بِعَينِهَا فَلم يَتَمَكَّن الخُبثُ فَلا يَجِبُ التَّصدُّقُ، وَهَذَا فِي الخُبثِ الذِي سَبَبُهُ فَسَادُ المِلكِ، أَمَّا الخُبثُ لعَدَمِ المِلكِ فَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يَشمَلُ النَّوعَينِ لتَعَلُّقِ العَقدِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ حَقِيقَةً، وَفِيمَا لا يَتَعَيَّنُ شُبهَةً مِن حَيثُ إِنَّهُ يَتَعَلقُ بِهِ سَلامَةُ المَبِيعِ أَو تَقدِيرُ الثَّمَنِ، وَعِندَ فَسَادِ المِلكِ تَنقَلِبُ الحَقِيقَةُ شُبهَةً وَالشُّبهَةُ تَنزِلُ إِلى شُبهَةِ الشُّبهَةِ، وَالشُّبهَةُ هِيَ المُعتَبَرَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنهَا. قَالَ (وَكَذَلكَ إِذَا ادَّعَى عَلى آخَرَ مَالا فَقَضَاهُ إِيَّاهُ، ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّهُ لم يَكُن عَلَيهِ شَيءٌ وَقَد رَبِحَ المُدَّعِي فِي الدَّرَاهِمِ يَطِيبُ لهُ الرِّبحُ)؛ لأَنَّ الخُبثَ لفَسَادِ المِلكِ هَاهُنَا؛ لأَنَّ الدَّينَ وَجَبَ بِالتَّسمِيَةِ ثُمَّ اُستُحِقَّ بِالتَّصَادُقِ، وَبَدَلُ المُستَحِقِّ مَملُوكٌ فَلا يَعمَلُ فِيمَا لا يَتَعَيَّنُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بَيْعًا فَاسِدًا وَتَقَابَضَا) اعْلَمْ أَنَّ الأَمْوَال عَلى نَوْعَيْنِ: نَوْعٌ لا يَتَعَيَّنُ فِي العَقْد كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِير، وَنَوْعٌ يَتَعَيَّنُ كَخلافهمَا وَالخَبَثُ أَيْضًا عَلى نَوْعَيْن: خَبَثٌ لفَسَاد الملك، وَخَبَثٌ لعَدَمِ المِلك. فَأَمَّا الأَوَّلُ فَإِنَّهُ يُؤَثِّرُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ دُونَ مَا لا يَتَعَيَّنُ. وَالثَّانِي يُؤَثِّرُ فِيهِمَا جَمِيعًا.

وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا فَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً بَيْعًا فَاسِدًا وَتَقَابَضَا فَبَاعَهَا وَرَبِحَ فِيهَا تَصَدَّقَ بِالرِّبْحِ وَإِنْ اشْتَرَى البَائِعُ بِالثَّمَنِ شَيْئًا وَرَبِحَ فِيه طَابَ لهُ الرِّبْحُ لأَنَّ الجَارِيَةَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِين فَيَتَعَلقُ العَقْدُ بِهَا وَيُؤَثِّرُ الخَبَثُ فِي الرِّبْحِ وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لا يَتَعَيَّنَان فَلَمْ يَتَعَلقْ العَقْدُ الثَّانِي بِعَيْنِهَا فَلَمْ يُؤَثِّرْ الخَبَثُ فِيه لأَنَّهُ لفَسَاد المِلك لا لعَدَمِه، وَمَعْنَى عَدَمِ التَّعَيُّنِ فِيهَا أَنَّهُ لوْ أَشَارَ إِليْهَا وَقَال اشْتَرَيْت مِنْك هَذَا العَبْدَ بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ كَانَ لهُ أَنْ يَتْرُكَهَا وَيَدْفَعَ إِلى البَائِعِ غَيْرَهَا لمَا أَنَّ الثَّمَنَ يَجِبُ فِي ذِمَّة المُشْتَرِي لا يَتَعَلقُ بِعَيْنِ تلكَ الدَّرَاهِمِ المُشَارِ إِليْهَا فِي البِيَاعَات، وَهَذَا إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ عَلى الرِّوَايَة الصَّحِيحَة، وَهِيَ أَنَّهَا لا تَتَعَيَّنُ لا عَلى الأَصَحِّ وَهِيَ التِي تَقَدَّمَتْ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي البَيْعِ الفَاسِد لأَنَّهَا بِمَنْزِلة المَغْصُوب.

وَمَنْ غَصَبَ جَارِيَةً وَبَاعَهَا بَعْدَ ضَمَان قِيمَتِهَا فَرَبِحَ فِيهَا أَوْ غَصَبَ دَرَاهِمَ وَأَدَّى ضَمَانَهَا وَاشْتَرَى بِهَا شَيْئًا وَبَاعَهُ وَرَبِحَ فِيهِ تَصَدَّقَ بِالرِّبْحِ فِي الفَصْليْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَة

وَمُحَمَّد. لأنَّ الخَبَثَ لَمَّا كَانَ لعَدَمِ الملك أَثَرٌ فِيمَا يَتعَيَّنُ وَفيمَا لا يَتعَيَّنُ. وَقَال أَبُو يُوسُفَ: يَطِيبُ لهُ الرِّبْحُ لأنَّ شَرْطَ الطِّيبِ الضَّمَانُ، وَالفَرْضُ وُجُودُهُ. وَلَهُمَا أَنَّ العَقْدَ يَتَعلقُ بمَا يَتعَيَّنُ حَقِيقَةً لعَدَمِ جوَازِ الاسْتِبْدَال (وَفيمَا لا يَتعَيَّنُ شُبْهَةٌ مِنْ حَيْثُ سَلامَةُ المَبِيعِ أَوْ تَقْدِيرُ الثَّمَنِ) وَبَيَانُهُ أَنَّهُ إذَا اشْتَرَى بهَا فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ أَشَارَ إلَيْهَا وَنَقَدَ مِنْهَا أَوْ أَشَارَ إلَيْهَا وَنَقَدَ مِنْ غَيْرِهَا، فَإنْ كَانَ الأَوَّلُ فَقَدْ تَعلقَ به سَلامَةُ المَبِيعِ لأَنَّهُ هُوَ الوَاقِعُ ثَمَنًا، وَإنْ كَانَ الثَّانِي فَقَدْ تَعلقَ به مِنْ حَيْثُ تَقْدِيرُ الثَّمَنِ وَالرِّبْحُ فِي الأَوَّل حَصَلَ بملكِ الغَيْرِ مِنْ كُل وَجْهٍ. وَفِي الثَّانِي تَوَسَّل إلَيْه بمَال الغَيْرِ لأَنَّ بَيَانَ جنْسِ الثَّمَنِ وَقَدْرِهِ ووَصْفه أَمْرٌ لا بُدَّ مِنْهُ لجَوَازِ العَقْد وَذَلكَ حَصَلَ بمَال الغَيْرِ فَيَجبُ التَّصَدُّقُ بالرِّبْحِ فِي الحَقِيقَة وَالشُّبْهَة جَميعًا، وَإذَا كَانَ الخَبَثُ لفَسَاد الملك انْقَلبَ حَقِيقَةُ الخَبَث وَهِيَ التِي تَكُونُ فِيمَا يَتعَيَّنُ إلى شُبْهَته، لأَنَّ حُصُول الرِّبْحِ لَمْ يَكُنْ بمَا هُوَ ملكُ الغَيْرِ مِنْ كُل وَجْه، بَل بمَا لهُ فيه شَائبَةُ ملكٍ تُنَزَّلُ، وَشُبْهَةُ الخَبَث وَهِيَ التِي تَكُونُ فِيمَا لا يَتعَيَّنُ إلى شُبْهَة الشُّبْهَة، لأَنَّ تَعَلُّقَ سَلامَة المَبِيعِ أَوْ تَقْديرَ الثَّمَنِ اللذَيْنِ كَانَا شُبْهَةَ خبَث لحُصُولهمَا بمَال الغَيْرِ مِنْ كُل وَجْهٍ لَمْ يَبْقَ كَذَلكَ بَل بمَا لهُ فِيه شَائبَةُ ملكٍ وَالشُّبْهَةُ هِيَ المُعْتَبَرَةُ لا النَّازلُ عَنْهَا.

قِيل بالحَديث وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبيَّ ﷺ نَهَى عَنْ الرِّبَا وَالرِّيبَة» وَالرِّيبَةُ هِيَ الشُّبْهَةُ وَهُوَ دَليلٌ عَلى أَنَّ الشُّبْهَةَ مُعْتَبَرَةٌ. وَإمَّا أَنَّ شُبْهَةَ الشُّبْهَة غَيْرُ مُعْتَبَرَة فَلَيْسَ فيه دَلالَةٌ عَلى ذَلكَ عَلى تَقْدير اخْتصَاصِ الرِّيبَة بالشُّبْهَة لا غَيْرُ وَأَمَّا إذَا كَانَ شُبْهَةُ الشُّبْهَة أَيْضًا دَاخلةً فِي الرِّيبَة فَقَدْ يَثْبُتُ به خلافُ المُدَّعِي وَالمَعْنَى فِي ذَلكَ أَنَّ شُبْهَةَ الشُّبْهَة لوْ اُعْتُبِرَتْ لاعْتُبرَ مَا دُونَهَا أَيْضًا دَفْعًا للتَّحكُّمِ، لكنْ لا يَصحُّ اعْتبَارُهُ لئَلا يَنْسَدَّ بَابُ التِّجَارَة، إذْ قَلمَا يَخْلُو عَنْ شُبْهَة شُبْهَة الشُّبْهَة فَمَا دُونَهَا. قَال (وَكَذَلكَ إذَا ادَّعَى إلخْ) رَجُلٌ قَال لآخَرَ لي عَليْك أَلفُ دِرْهَمٍ فَاقْضِهَا فَقَضَاهَا ثُمَّ تَصَادَقَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَليْه شَيْءٌ وَقَدْ تَصَرَّفَ فِيهَا المُدَّعِي (وَرَبحَ طَابَ لهُ الرِّبْحُ) وَلا يَجبُ التَّصَدُّقُ به لأَنَّ الخَبَثَ فِيه لفَسَاد الملك لأَنَّ الدَّيْنَ ثَبَتَ بالتَّسْمِيَة بدَعْوَى المُدَّعِي وَأَدَاء المُدَّعَى عَلَيْه وَملك مَا قَبَضَهُ بَدَلا عَنْهُ فَكَانَ تَصَرُّفُهُ مُصَادِفًا لملكه، لكنْ لَمَّا تَصَادَقَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ اسْتَحَقَّ المُبْدَل وَاسْتِحْقَاقُ المُبْدَل لا يُخْرِجُ البَدَل عَنْ الملكِ لأَنَّ بَدَل المُسْتَحَقِّ مَمْلُوكٌ به إذَا كَانَ عَيْنًا

يَتَعَيَّنُ، كَمَا إذَا اشْتَرَى عَبْدًا بجَارِيَةٍ وَأَعْتَقَهُ فَاسْتُحِقَّتْ الجَارِيَةُ فَإِنَّ العِتْقَ نَافِذٌ، لوْ لَمْ يَكُنْ بَدَلُ المُسْتَحَقِّ مَمْلُوكًا لَمَا نَفَذَ لامْتِنَاعِه فِي غَيْرِ المِلك بالنَّصِّ، فَإِذَا كَانَ مَا لا يَتَعَيَّنُ أَوْلَى، لكنَّهُ يُفسِدُ المِلكُ إذْ الاسْتِحْقَاقُ قَصْدًا فِي مُقَابِلِهِ لا فِيه، فَلوْ كَانَ فِيه كَانَ بَاطِلا وَالخَبَثُ لفَسَادِ المِلكِ لا يَعْمَلُ فِيمَا لا يَتَعَيَّنُ.

فَصلٌ فِيمَا يُكرَهُ

قَال (وَنَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَن النَّجشِ) وَهُوَ أَن يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ وَلا يُرِيدُ الشِّرَاءَ لِيُرَغِّبَ غَيرَهُ وَقَال «لا تَنَاجَشُوا»[1]. قَال (وَعَن السَّومِ عَلى سَومِ غَيرِهِ) قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ:«لا يَستَمِ الرَّجُلُ عَلى سَومِ أَخِيهِ وَلا يَخطُب عَلى خِطبَةِ أَخِيه»[2]؛ وَلأَنَّ فِي ذَلك إيحَاشًا وَإِضرَارًا، وَهَذَا إذَا تَرَاضَى المُتَعَاقِدَانِ عَلى مَبلغٍ ثَمَنًا فِي المُسَاوَمَةِ، فَأَمَّا إذَا لم يَركَن أَحَدُهُمَا إلى الآخَرِ فَهُوَ بَيعُ مَن يَزِيدُ وَلا بَأسَ بِهِ عَلى مَا نَذكُرُهُ، وَمَا ذَكَرنَاهُ مَحمَلُ النَّهيِ فِي النِّكَاحِ أَيضًا. قَال (وَعَن تَلقِّي الجَلبِ) وَهَذَا إذَا كَانَ يَضُرُّ بِأَهلِ البَلدِ فَإِن كَانَ لا يَضُرُّ فَلا بَأسَ بِهِ، إلا إذَا لبَّسَ السِّعرَ عَلى الوَارِدِينَ فَحِينَئِذٍ يُكرَهُ لِمَا فِيهِ مِن الغُرُرِ وَالضَّرَرِ.

الشرح:

(**فَصلٌ فِيمَا يُكرَهُ**): قِيل المَكْرُوهُ أَدْنَى دَرَجَةً مِنْ الفَاسِد، وَلكِنْ هُوَ شُعْبَةٌ فَلذَلكَ أُلحِقَ بِهِ وَأُخِّرَ عَنْهُ، وَلعَل تَحْقِيقَ ذَلكَ مَا ذُكِرَ فِي أُصُول الفِقْه أَنَّ القُبْحَ إذَا كَانَ لأَمْرٍ مُجَاوِرٍ كَانَ مَكْرُوهًا، وَإِذَا كَانَ بِوَصْفٍ مُتَّصِلٍ كَانَ فَاسِدًا وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِير (**وَنَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ النَّجْشِ**) بِفَتْحَتَيْنِ (وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ الرَّجُلُ فِي الثَّمَنِ وَلا يُرِيدُ الشِّرَاءَ لِيُرَغِّبَ غَيْرَهُ) وَيَجْرِي فِي النِّكَاحِ وَغَيْرِهِ حَيْثُ قَال عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «**لا تَنَاجَشُوا**» أَيْ لا تَفْعَلُوا ذَلكَ وَسَبَبُ ذَلكَ إيقَاعُ رَجُلٍ فِيه بِأَزْيَدَ مِنْ الثَّمَنِ وَهُوَ خِدَاعٌ وَالخِدَاعُ قَبِيحٌ جَاوَرَ هَذَا البَيْعَ فَكَانَ مَكْرُوهًا، وَظَهَرَ مِنْ هَذَا أَنَّ الرَّاغِبَ فِي السِّلعَةِ إذَا طَلَبَهَا مِنْ صَاحِبِهَا بِأَنْقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا فَزَادَ شَخْصٌ لا يُرِيدُ الشِّرَاءَ إلى مَا بَلغَ تَمَامَ قِيمَتِهَا لا يَكُونُ مَكْرُوهًا لانْتِفَاءِ الخِدَاعِ (وَنَهَى عَنْ السَّوْمِ عَلى سَوْمِ غَيْرِهِ) قَال عَليْه الصَّلاةُ

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب ٦٤، ومسلم في البيوع حديث (١١).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٣٩)، ومسلم في البيوع (حديث ٧).

وَالسَّلَامُ «لا يَسْتَامُ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَلا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ» وَهُوَ نَفْيٌ فِي مَعْنَى النَّهْيِ فَيُفِيدُ المَشْرُوعِيَّةَ.

وَصُورَتُهُ أَنْ يَتَسَاوَمَ الرَّجُلانِ عَلَى السِّلْعَةِ وَالبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي رَضِيَا بِذَلِكَ وَلَمْ يَعْقِدَا عَقْدَ البَيْعِ حَتَّى دَخَلَ آخَرُ عَلَى سَوْمِهِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ، لَكِنَّهُ يُكْرَهُ لاشْتِمَالِهِ عَلَى الإِيحَاشِ وَالإِضْرَارِ وَهُمَا قَبِيحَانِ يَنْفَكَّانِ عَنْ البَيْعِ فَكَانَ مَكْرُوهًا إِذَا جَنَحَ البَائِعُ إِلَى البَيْعِ بِمَا طَلَبَ بِهِ الأَوَّلُ مِنْ الثَّمَنِ، وَكَذَلِكَ فِي النِّكَاحِ. أَمَّا إِذَا لَمْ يَجْنَحْ فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ لأَنَّهُ بَيْعُ مَنْ يَزِيدُ. وَقَدْ رَوَى أَنَسٌ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ قَدَحًا وَحِلْسًا بَيْعَ مَنْ يَزِيدُ». قَالَ: وَعَنْ تَلَقِّي الجَلَبِ: أَيْ وَنَهَى عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَنْ تَلَقِّي الجَلَبِ: أَيْ المَجْلُوبِ.

وَصُورَتُهُ المِصْرِيُّ أُخْبِرَ بِمَجِيءِ قَافِلَةٍ بِمِيرَةٍ فَتَلَقَّاهُمْ وَاشْتَرَى الجَمِيعَ وَأَدْخَلَهُ المِصْرَ لِيَبِيعَهُ عَلَى مَا أَرَادَ فَذَلِكَ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَضُرَّ بِأَهْلِ البَلَدِ أَوْ لا، وَالثَّانِي لا يَخْلُو مِنْ أَنْ يُلَبِّسَ السِّعْرَ عَلَى الوَارِدِينَ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ بِأَنْ كَانَ أَهْلُ المِصْرِ فِي قَحْطٍ وَضِيقٍ فَهُوَ مَكْرُوهٌ بِاعْتِبَارِ قُبْحِ التَّضْيِيقِ المُجَاوِرِ المُنْفَكِّ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَقَدْ لَبَّسَ السِّعْرَ عَلَى الوَارِدِينَ فَقَدْ غَرَّ وَضَرَّ وَهُوَ قَبِيحٌ فَيُكْرَهُ، وَإِلا فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ.

قَالَ (وَعَن بَيعِ الحَاضِرِ لِلبَادِي) فَقَد قَالَ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «بَيعِ الحَاضِرُ لِلبَادِي» وَهَذَا إِذَا كَانَ أَهلُ البَلَدِ فِي قَحطٍ وَعَوَزٍ، وَهُوَ أَن يَبِيعَ مِن أَهل البَدوِ طَمَعًا فِي الثَّمَنِ الغَالِي لِمَا فِيهِ مِن الإِضرَارِ بِهِم أَمَّا إِذَا لَم يَكُن كَذَلِكَ فَلا بَأسَ بِهِ لانعِدَامِ الضَّرَرِ. قَالَ: (وَالبَيعُ عِندَ أَذَانِ الجُمُعَةِ) قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿ وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ ﴾ [الجمعة:٩] ثُمَّ فِيهِ إِخلالٌ بِوَاجِبِ السَّعيِ عَلَى بَعضِ الوُجُوهِ، وَقَد ذَكَرنَا الأَذَانَ المُعتَبَرَ فِيهِ فِي كِتَابِ الصَّلاةِ. قَالَ (وَكُلُّ ذَلِكَ يُكرَهُ) لِمَا ذَكَرنَا، وَلا يَفسُدُ بِهِ البَيعُ؛ لأَنَّ الفَسَادَ فِي مَعنَى خَارِجٍ زَائِدٍ لا فِي صُلبِ العَقدِ وَلا فِي شَرَائِطِ الصِّحَّةِ. قَالَ (وَلا بَأسَ بِبَيعِ مَن يَزِيدُ) وَتَفسِيرُهُ مَا ذَكَرنَا. وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ بَاعَ قَدَحًا وَحِلسًا بِبَيعِ مَن يَزِيدُ»(١)؛ وَلأَنَّهُ بَيعُ الفُقَرَاءِ وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى نَوعٍ مِنهُ.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٦٤١)، وابن ماجه (٢١٩٨)، والترمذي (١٢١٨).

الشرح:

(قَال **وَبَيْعِ الحَاضِرِ للبَادِي**) أيْ وَنَهَى عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَنْ بَيْعِ الحَاضِرِ للبَادِي فَقَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا يَبِيعُ حَاضِرٌ للبَادِي**» وَصُورَتُهُ الرَّجُلُ لهُ طَعَامٌ لا يَبِيعُهُ لأَهْلِ المِصْرِ وَيَبِيعُهُ مِنْ أَهْلِ البَادِيَة بِثَمَنٍ غَالٍ، فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ أَهْلُ المِصْرِ فِي سَعَة لا يَتَضَرَّرُونَ بذَلكَ أَوْ فِي قَحْط يَتَضَرَّرُونَ، فَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ فَلا بَأْسَ بذَلكَ. وَعَلى هَذَا تَكُونُ اللامُ للبَادِي بمَعْنَى مِنْ. وَقيل فِي صُورَته نَظَرًا إلى اللامِ أَنْ يَتَوَلى المِصْرِيُّ البَيْعَ لأَهْل البَادِيَة ليُغَالِيَ فِي القِيمَة. قَال (**وَالبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الجُمُعَة**) أيْ وَنَهَى عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ عَنْ البَيْعِ عِنْدَ أَذَانِ الجُمُعَة، قَال اللهُ تَعَالى ﴿وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾ وَتَسْمِيَتُهُ مَنْهِيًّا باعْتِبَار مَعْنَاهُ لا باعْتِبَار الصِّيغَة (قَوْلُهُ ثُمَّ فِيه) بَيَانٌ للقُبْحِ المُجَاوِرِ، فَإِنَّ البَيْعَ قَدْ يُخِلُّ بِوَاجِبِ السَّعْيِ إذْ قَعَدَا أَوْ وَقَفَا يَتَبَايَعَان، وَأَمَّا إذَا تَبَايَعَا يَمْشِيَان فَلا إخْلال فَيَصِحُّ بلا كَرَاهَة. وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَاب الصَّلاة أَنَّ المُعْتَبَرَ فِي ذَلكَ هُوَ الأَذَانُ الأَوَّلُ إذَا كَانَ بَعْدَ الزَّوَال (وَكُلُّ ذَلكَ) أيْ المَذْكُورِ مِنْ أَوَّل الفَصْل إلى هُنَا مَكْرُوهٌ لِمَا ذَكَرْنَا لا فَاسدٌ، لأَنَّ الفَسَادَ: أيْ القُبْحَ لأَمْرٍ خَارِجٍ زَائدٍ: أيْ مُجَاوِرٍ، وَلَيْسَ فِي صُلب العَقْد وَلا فِي شَرَائِط الصِّحَّة وَتُفَسَّرُ بِبَيْعِ مَنْ يَزِيدُ، وَرَوَى أَنَسٌ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَدْ مَرَّ آنفًا (نَوْعٌ مِنْهُ) أيْ هَذَا الذي يَشْرَعُ فِيه نَوْعٌ مِنْ البَيْعِ المَكْرُوه.

قَال (**وَمَنْ مَلكَ مَمْلُوكَيْنِ صَغِيرَيْنِ أَحَدُهُمَا ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ الآخَرِ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا**، وَكَذَلكَ إنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَبِيرًا) وَالأَصْلُ فِيه قَوْلُهُ ﷺ «**مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالدَة وَوَلدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّته يَوْمَ القِيَامَة**»(١). وَوَهَبَ النَّبِيُّ ﷺ لعَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ تَعَالى عَنْهُ غُلامَيْنِ أَخَوَيْنِ صَغِيرَيْنِ ثُمَّ قَال لهُ: **مَا فَعَلَ الغُلامَان**؟ فَقَال: بعْت أَحَدَهُمَا، فَقَال: **أَدْرِكْ أَدْرِكْ**، وَيُرْوَى: **رُدَّهُ رُدَّهُ**»(٢)؛ وَلأَنَّ الصَّغِيرَ يَسْتَأْنِسُ بالصَّغِيرِ وَبالكَبِيرِ وَالكَبِيرَ يَتَعَاهَدُهُ فَكَانَ فِي بَيْعِ أَحَدِهِمَا قَطْعُ الاسْتِئْنَاس، وَالمَنْعُ مِنْ التَّعَاهُد وَفِيه تَرْكُ المَرْحَمَة عَلى الصِّغَار، وَقَدْ أَوْعَدَ عَلَيْه ثُمَّ المَنْعُ مَعْلُولٌ بالقَرَابَة المُحَرِّمَة للنِّكَاحِ حَتَّى لا يَدْخُل فِيه مَحْرَمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ وَلا قَرِيبٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ، وَلا يَدْخُلُ فِيه الزَّوْجَانِ حَتَّى جَازَ

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع باب ٥٢، والسير باب ١٧.

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٨٤)، وابن ماجه (٢٢٤٩)، والدارقطني (٣/٦٦) رقم (٢٥٠).

التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا؛ لأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بخلاف القِيَاسِ فَيَقْتَصِرُ عَلى مَوْرِدِه، وَلا بُدَّ مِنْ اجْتِمَاعِهِمَا فِي مِلكِهِ لِمَا ذَكَرْنَا، حَتَّى لوْ كَانَ أَحَدُ الصَّغِيرَيْنِ له وَالآخَرُ لغَيْرِهِ لا بَأْسَ بِبَيْعِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلوْ كَانَ التَّفْرِيقُ بِحَقٍّ مُسْتَحقٍّ لا بَأْسَ به كَدَفْعِ أَحَدِهِمَا بِالجِنَايَةِ وَبَيْعِهِ بِالدَّيْنِ وَرَدِّه بالعَيْبِ؛ لأَنَّ المَنْظُورَ إِلَيْه دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ غَيْرِه لا الإِضْرَارُ به.

قَال (فَإِنْ فَرَّقَ كُرِهَ لهُ ذَلكَ وَجَازَ العَقْدُ) وَعَنْ أَبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي قَرَابَةِ الوِلادِ وَيَجُوزُ فِي غَيْرِهَا. وَعَنْهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ لِمَا رَوَيْنَا، فَإِنَّ الأَمْرَ بِالإِدْرَاكِ وَالرَّدِّ لا يَكُونُ إلا فِي البَيْعِ الفَاسِد.

وَلهُمَا أَنَّ رُكنَ البَيعِ صَدَرَ مِن أَهلِهِ فِي مَحلِهِ، وَإِنَّمَا الكَرَاهَةُ لِمَعنَى مُجَاوِرٍ فَشَابَهُ كَرَاهَةَ الاستِيَامِ (وَإِن كَانَا كَبِيرَينِ فَلا بَأسَ بِالتَّفرِيقِ بَينَهُمَا)؛ لأَنَّهُ لَيسَ فِي مَعنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ، وَقَد صَحَّ «أَنَّهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فَرَّقَ بَينَ مَارِيَةَ وَسِيرِينَ وَكَانَتَا أَمَتَينِ أُختَينِ».

الشرح:

وَمَنْ **مَلكَ صَغِيرَيْنِ أَوْ صَغِيرًا وَكَبِيرًا أَحَدُهُمَا ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ الآخَرِ** كُرِهَ لهُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ البُلُوغِ لِقَوْلِه ﷺ «**مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِه يَوْمَ القِيَامَةِ**» قَوْلُهُ وَوَهَبَ) مَعْطُوفٌ عَلى قَوْلِه عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ مِنْ حَيْثُ المَعْنَى، لأَنَّ تَقْرِيرَهُ وَالأَصْلُ فِيه مَا قَال عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «وَوَهَبَ النَّبِيُّ ﷺ لعَليٍّ غُلامَيْنِ أَخَوَيْنِ صَغِيرَيْنِ ثُمَّ قَال لهُ: **مَا فَعَل الغُلامَانِ؟** فَقَال: بِعْت أَحَدَهُمَا، فَقَال: **أَدْرِكْ أَدْرِكْ**.

وَيُرْوَى: **اُرْدُدْ اُرْدُدْ**». وَوَجْهُ الاسْتِدْلال بِالأَوَّل هُوَ الوَعِيدُ، وَبِالثَّانِي تَكْرَارُ الأَمْرِ بِالإِدْرَاكِ وَالرَّدِّ، وَالوَعِيدُ جَاءَ للتَّفْرِيقِ وَالأَمْرُ بِالإِدْرَاكِ عَلى بَيْعِ أَحَدِهِمَا وَهُوَ تَفْرِيقٌ وَلَمْ يَتَعَرَّضْ للبَيْعِ، فَقُلْنَا بِكَرَاهَة البَيْعِ لإِفْضَائه إِلى التَّفْرِيقِ وَهُوَ مُجَاوِرٌ يَنْفَكُّ عَنْهُ لجَوَازِ أَنْ يَقَعَ ذَلكَ بِالهِبَة، وَالمَعْنَى المُؤَثِّرُ فِي ذَلكَ اسْتِئْنَاسُ الصَّغِيرِ بِالصَّغِيرِ وَبِالكَبِيرِ، وَتَعَاهُدُ الكَبِيرِ للصَّغِيرِ، وَفِي بَيْعِ أَحَدِهِمَا قَطْعُ الاسْتِئْنَاسِ وَالمَنْعُ مِنْ التَّعَاهُد، وَفِيه تَرْكُ المَرْحَمَةِ عَلى الصِّغَارِ، وَقَدْ أَوْعَدَ النَّبِيُّ عَلى ذَلكَ بِقَوْله ﷺ «**مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ**» إِنْ كَانَ المُرَادُ تَرْكَ المَرْحَمَة تَرَكَهَا

بالتَّفْرِيقِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ فِي قَطْعِ الاسْتِئْنَاسِ وَالْمَنْعِ مِنْ التَّعَاهُدِ وَتَرْكِ الْمَرْحَمَةِ وَذَلِكَ مُتَوَعَّدٌ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَنْ لَمْ يَرْحَمْ صَغِيرَنَا**» ثُمَّ الْمَنْعُ عَنْ التَّفْرِيقِ إِنَّمَا هُوَ بِاعْتِبَارِ اسْتِئْنَاسٍ وَتَعَاهُدٍ يَحْصُلُ بِالْقَرَابَةِ الْمُحَرِّمَةِ لِلنِّكَاحِ بِأَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ الآخَرِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي صَدْرِ الْكَلامِ بِلا ضَرَرٍ لِلْمَوْلَى أَوْ الصَّغِيرِ قَصْدًا فَلا يَدْخُلُ مَحْرَمٌ غَيْرُ قَرِيبٍ وَلا قَرِيبٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ وَلا مَا لا مَحْرَمِيَّةَ بَيْنَهُمَا أَصْلا، حَتَّى لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَخًا رِضَاعِيًّا لِلآخَرِ أَوْ كَانَ أَمَةً وَالآخَرُ ابْنَهَا رَضَاعًا أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا وَلَدَ عَمٍّ أَوْ خَالٍ أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا زَوْجَ الآخَرِ جَازَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا لأَنَّ النَّصَّ النَّافِيَ وَرَدَ بِخِلافِ الْقِيَاسِ، لأَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي جَوَازَ التَّفْرِيقِ بِوُجُودِ الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ لِلتَّصَرُّفِ مِنْ الْجَمْعِ وَالتَّفْرِيقِ كَمَا فِي الْكَبِيرَيْنِ، وَكُلُّ مَا وَرَدَ مِنْ النَّصِّ بِخِلافِ الْقِيَاسِ يَقْتَصِرُ عَلَى مَوْرِدِهِ وَمَوْرِدُهُ الْوَالِدَةُ وَوَلَدُهَا وَالأَخَوَانِ. قِيلَ: فِي كَلامِ الْمُصَنِّفِ تَنَاقُضٌ، لأَنَّهُ عَلَّلَ بِقَوْلِهِ وَلأَنَّ الصَّغِيرَ يَسْتَأْنِسُ بِالصَّغِيرِ، وَقَالَ: ثُمَّ الْمَنْعُ مَعْلُولٌ بِالْقَرَابَةِ الْمُحَرِّمَةِ لِلنِّكَاحِ، ثُمَّ قَالَ: لأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِخِلافِ الْقِيَاسِ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ لا يَكُونُ مَعْلُولا فَجَاءَ التَّنَاقُضُ. وَالْجَوَابُ مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ فِي تَفْسِيرِ كَلامِهِ أَنَّ مَنَاطَ حُكْمِ الْمَنْعِ عَنْ التَّفْرِيقِ إِنَّمَا هُوَ اسْتِئْنَاسٌ وَتَعَاهُدٌ يَحْصُلُ بِالْقَرَابَةِ الْمُحَرِّمَةِ لِلنِّكَاحِ بِدُونِ ضَرَرٍ لِلْمَوْلَى أَوْ الصَّغِيرِ قَصْدًا فَهُوَ بَيَانٌ لِمَا عَسَى يَجُوزُ بِهِ إِلْحَاقُ الْغَيْرِ بِالدَّلالَةِ إِذَا سَاوَاهُ، لا بَيَانُ الْوَصْفِ الْجَامِعِ بَيْنَ الْمَقِيسِ وَالْمَقِيسِ عَلَيْهِ، فَلا تَنَاقُضَ بَيْنَ قَوْلِهِ مَعْلُولٌ عَلَى هَذَا التَّفْسِيرِ وَبَيْنَ قَوْلِهِ وَرَدَ بِخِلافِ الْقِيَاسِ. وَإِذَا ظَهَرَ هَذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْقَرَابَةِ وَالْمَحْرَمِيَّةِ، وَلا مَا فِيهِ ضَرَرٌ مَا يُسَاوِي الْقَرَابَةَ الْمُحَرِّمَةَ لِلنِّكَاحِ وَمَا لا ضَرَرَ فِيهِ حَتَّى يُلْحَقَ بِهَا. فَلا يُرَدُّ مَا قِيلَ فِي الْكُتُبِ لَوْ كَانَ مَنْعُ التَّفْرِيقِ مَعْلُولا بِالْقَرَابَةِ الْمُحَرِّمَةِ لِلنِّكَاحِ لَمَا جَازَ التَّفْرِيقُ عِنْدَ وُجُودِ هَذِهِ الْعِلَّةِ، لَكِنَّهُ جَازَ فِي سَبْعَةِ مَوَاضِعَ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا صَغِيرًا فَكَانَتْ الْعِلَّةُ مَنْقُوضَةً وَلَزِمَ الْتِزَامُ الْقَوْلِ بِتَخْصِيصِ الْعِلَلِ الْفَاسِدَةِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ.

وَالأَوَّلُ مِنْ الْمَوَاضِعِ السَّبْعَةِ مَا إِذَا صَارَ أَحَدُهُمَا فِي مِلْكِهِ إِلَى حَالٍ لا يُمْكِنُهُ بَيْعُهُ كَمَا إِذَا دَبَّرَهُ أَوْ اسْتَوْلَدَهُ إِنْ كَانَتْ أَمَةً فَإِنَّهُ لا بَأْسَ بِبَيْعِ الآخَرِ وَإِنْ حَصَلَ التَّفْرِيقُ. وَالثَّانِي إِذَا جَنَى أَحَدُهُمَا جِنَايَةَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ فَإِنَّ لِلْمَوْلَى أَنْ يَدْفَعَ وَفِيهِ تَفْرِيقٌ مَعَ أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ، وَلَهُ وِلايَةُ الْمَنْعِ عَنْ الْبَيْعِ بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ. وَالثَّالِثُ إِذَا كَانَ الْمَالِكُ

حَرْبِيًّا جَازَ لِلمُسْلِمِ شِرَاءُ أَحَدِهِمَا، وَكَمَا يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ بِالبَيْعِ يُكْرَهُ بِالشِّرَاءِ.

وَالرَّابِعُ إِذَا مَلَكَ صَغِيرًا وَكَبِيرَيْنِ جَازَ بَيْعُ أَحَدِ الكَبِيرَيْنِ اسْتِحْسَانًا وَإِنْ لزِمَ التَّفْرِيقُ. وَالخَامِسُ إِذَا اشْتَرَاهُمَا وَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا كَانَ لَهُ رَدُّ المَعِيبِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَلزِمَ التَّفْرِيقُ وَالسَّادِسُ جَازَ إِعْتَاقُ أَحَدِهِمَا عَلَى مَالٍ أَوْ غَيْرِهِ وَهُوَ تَفرِيقٌ. وَالسَّابِعُ إِذَا كَانَ الصَّغِيرُ مُرَاهِقًا جَازَ بَيْعُهُ بِرِضَاهُ وَرِضَا أُمِّهِ وَلزِمَ التَّفْرِيقُ. وَإِذَا تَأَمَّلت مَا مُهِّدَ لك آنفًا ظَهَرَ لك عَدَمُ وُرُودِهَا فَإِنَّ مَا خَلا الأَخِيرَيْنِ يَشْتَمِلُ عَلَى الضَّرَرِ، أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ بَيْعَ أَحَدِهِمَا لَمَّا امْتَنَعَ لِمَعْنًى شَرْعِيٍّ لَوْ مَنَعَ عَنْ بَيْعِ الآخَرِ تَضَرَّرَ المَوْلَى وَالمَنْظُورُ إِلَيْهِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ غَيْرِهِ لا الإِضْرَارُ بِهِ.

لا يُقَالُ: المَنْعُ عَنْ تَصَرُّفِ التَّفْرِيقِ مَعَ وُجُودِ المِلكِ المُطْلَقِ لَهُ أَضْرَارٌ فَكَيْفَ تُحْمَلُ لأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَتَحَمَّلْ ذَلكَ لزِمَ إِهْمَالُ الحَدِيثِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّهُ لَوْ أُلزِمَ المَوْلَى الفِدَاءَ بِدُونِ اخْتِيَارِهِ تَضَرَّرَ. وَأَمَّا الثَّالثُ فَلأَنَّ مَنْعَ التَّفْرِيقِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الصَّغِيرِ وَلَوْ مُنِعَ المُسْلِمُ مِنْ شِرَائِهِ تَضَرَّرَ الصَّغِيرُ قَصْدًا وَعَادَ عَلَى مَوْضُوعِهِ بِالنَّقْضِ، فَإِنَّ الحَرْبِيَّ يُدْخِلُهُمَا دَارَ الحَرْبِ فَيَنْشَآنِ فِيهَا، وَضَرَرُ ذَلكَ ظَاهِرٌ فِي الدُّنْيَا لِعَرْضِيَّةِ الأَسْرِ وَالقَتْلِ وَفِي الآخِرَةِ، لأَنَّ ظَاهِرَ مَنْ يَنْشَأُ مِنْ صِغَرِهِ بَيْنَهُمْ أَنْ يَكُونَ عَلَى دِينِهِمْ. وَأَمَّا الرَّابِعُ فَلأَنَّ مَنْعَ بَيْعِ أَحَدِ الكَبِيرَيْنِ مَعَ دَفْعِ ضَرَرِ الصَّغِيرِ بِالآخَرِ إِضْرَارٌ لِلمَوْلَى. وَأَمَّا الخَامِسُ فَجَوَازُ التَّفْرِيقِ فِيهِ مَمْنُوعٌ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَعَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ إِنَّمَا جَازَ لأَنَّ رَدَّ السَّالِمِ عَنْ العَيْبِ حَرَامٌ مِنْ كُلِ وَجْهٍ، وَفِي إِلزَامِ المَعِيبِ إِضْرَارٌ لِلمُشْتَرِي فَيَتَعَيَّنُ رَدُّهُ دَفْعًا لِلإِضْرَارِ عَنْهُ. وَأَمَّا فِي السَّادِسِ فَلأَنَّ الإِعْتَاقَ هُوَ عَيْنُ الجَمْعِ بِأَكْمَلِ الوُجُوهِ، لأَنَّ المُعْتَقَ أَوْ المُكَاتَبَ صَارَ أَحَقَّ بِنَفْسِهِ فَيَدُورُ هُوَ حَيْثُمَا دَارَ أَخُوهُ وَيَتَعَاهَدُ أُمُورَهُ عَلَى مَا أَرَادَ، وَلا اعْتِبَارَ بِخُرُوجِهِ عَنْ مِلكِهِ بَعْدَمَا حَصَلَ المَعْنَى المُوجِبُ فِي إِبْقَائِهِمَا جَمِيعًا مَعَ زِيَادَةِ وَصْفٍ وَهِيَ اسْتِبْدَادُهُ بِنَفْسِهِ.

وَأَمَّا فِي السَّابِعِ فَلأَنَّ المَنْعَ عَنْ التَّفْرِيقِ لِلاحْتِرَازِ عَنْ الضَّرَرِ بِهِمَا فَلَمَّا رَضِيَا بِالتَّفْرِيقِ انْدَفَعَ الضَّرَرُ، فَفِيمَا عَدَا الأَخِيرَيْنِ ضَرَرٌ فَلا يَكُونُ فِي مَعْنَى مَا لا ضَرَرَ فِيهِ مِنْ كُلِ وَجْهٍ فَيُلحَقُ بِهِ.

وَأَمَّا السَّادِسُ فَلا تَفْرِيقَ فِيهِ، وَأَمَّا السَّابِعُ فَمِنْ قَبِيلِ إِسْقَاطِ الحَقِّ، ثُمَّ لا بُدَّ مِنْ

اجْتماعهمَا فِي ملك شَخْصٍ وَاحدٍ حَتَّى لوْ كَانَ أَحدُهُمَا لهُ وَالآخَرُ لغَيْرِه لا بَأْس بِبَيْعِ أَحَدهمَا لأَنَّ التَّفْريقَ لا يَتحَقَّقُ فِيه وَذَكَرَ الغَيْرَ مُطْلَقًا ليَتنَاول كُل مَنْ كَانَ غَيْرَهُ سَوَاءٌ كَانَ الغَيْرُ ابْنًا صَغيرًا لهُ أَوْ كَبيرًا وَهُمَا فِي مُؤْنَته أَوَّلا وَسَوَاءٌ كَانَ زَوْجَتَهُ أَوْ مُكَاتَبَتَهُ، وَلا يَجُوزُ بَيْعُ أَحَدهمَا مِنْ أَحَدِ هَؤُلاءِ إِذَا كَانَا فِي ملكه لِحُصُول التَّفْرِيق بِذَلكَ (قَوْلُهُ وَلوْ كَانَ التَّفْرِيقُ بِحَقٍّ مُسْتَحَقٍّ) تَقَدَّمَ تَقْرِيرُهُ فِي أَثْنَاءِ الأَسْئلة وَجَوَابهَا. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ قَال: إِذَا جَنَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ الفِدَاءُ لأَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ أَوْ يَفْدِيَ فَكَانَ الفدَاءُ أَوْلى.

قَال (فَإِنْ فَرَّقَ كُرِهَ ذَلكَ وَجَازَ العَقْدُ إلخ) فَإِنْ فَرَّقَ كُرِهَ ذَلكَ، وَإِطْلاقُ التَّفْرِيقِ يَدُلُّ عَلى أَنَّهُ مَكْرُوهٌ سَوَاءٌ كَانَ بالبَيْعِ أَوْ القِسْمَةِ فِي الميرَاث أَوْ الغَنَائِم أَوْ الهبَة أَوْ غَيْرِ ذَلكَ وَالبَيْعُ جَائزٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي قَرَابَة الوِلادِ لقُوَّتهَا وَضَعْف غَيْرهَا.

وَعَنْهُ لا يَجُوزُ فِي جَميعِ ذَلكَ لِمَا رَوَيْنَا مِنْ «قَوْله عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ لعَليٍّ **أَدْرِكْ أَدْرِكْ** وَلزَيْد بْنِ حَارِثَةَ **أُرْدُدْ أُرْدُدْ**» فَإِنَّ الأَمْرَ بالإِدْرَاك وَالرَّدِّ لا يَكُونُ إلا فِي البَيْعِ الفَاسد. وَلهُمَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْله مُضَافًا إلى مَحله، وَالكَرَاهَةُ لِمَعْنًى مُجَاوِرٍ وَهُوَ الوَحْشَةُ الحَاصلةُ بِالتَّفْرِيقِ فَكَانَ كَالبَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ وَهُوَ مَكْرُوهٌ لا فَاسدٌ كَالاسْتيَام.

وَالجَوَابُ عَنْ الحَديث أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلى طَلَبِ الإقَالة أَوْ بَيْعِ الآخَرِ مِمَّنْ بَاعَ مِنْهُ أَحَدُهُمَا (قَوْلُهُ وَإِنْ كَانَا كَبيرَيْنِ فَلا بَأْسَ بالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا) لأَنَّهُ ليْسَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ به النَّصُّ يُشيرُ إلى أَنَّ مُرَادَهُ فِيمَا تَقَدَّمَ الإلحَاقُ بدَلالة النَّصِّ كَمَا قَرَّرْنَاهُ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ مَارِيَةَ وَسِيرِينَ وَكَانَتَا أَمَتَيْنِ أُخْتَيْنِ» رُوِيَ «أَنَّ أَميرَ القبْط أَهْدَى إلى رَسُول الله ﷺ جَارِيَتَيْنِ أُخْتَيْنِ وَبَغْلةً، فَكَانَ يَرْكَبُ البَغْلةَ بالمَدينَة وَاتَّخَذَ إحْدَى الجَارِيَتَيْنِ سُرِّيَّةً فَوَلدَتْ لهُ إبْرَاهيمَ وَهِيَ مَارِيَةُ، وَوَهَبَ الأُخْرَى لحَسَّانَ بْنِ ثَابت وَكَانَ اسْمُهَا سيرينَ» بالسِّين المُهْمَلة ذَكَرَهُ ابْنُ عَبْد البَرِّ فِي كتَاب الاسْتيعَاب، وَهَذَا كُلُّهُ إذَا كَانَ المَالكُ مُسْلمًا حُرًّا كَانَ أَوْ مُكَاتَبًا أَوْ مَأْذُونًا لهُ، وَأَمَّا إذَا كَانَ كَافرًا فَلا يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ لأَنَّ مَا فِيهِ مِنَ الكُفْرِ أَعْظَمُ وَالكُفَّارُ غَيْرُ مُخَاطَبِينَ بالشَّرَائِعِ.

بَابُ الإِقَالَة

(الإِقَالَةُ جَائِزَةٌ فِي البَيعِ بِمِثل الثَّمَنِ الأَوَّل) لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن أَقَال نَادِمًا بَيعَتَهُ أَقَال اللهُ عَثرَتَهُ يَومَ القِيَامَةِ»(١) وَلأَنَّ العَقدَ حَقُّهُمَا فَيملكَان رَفعَهُ دَفعًا لحَاجَتِهِمَا (فَإِن شَرَطَا أَكثَرَ مِنهُ أَو أَقل فَالشَّرطُ بَاطِلٌ وَيَردُّ مِثل الثَّمَنِ الأَوَّل). وَالأَصلُ أَنَّ الإِقَالَةَ فَسخٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَينِ بَيعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ غَيرِهِمَا إلا أَن لا يُمكِنَ جَعلُهُ فَسخًا فَتَبطُلُ، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ هُوَ بَيعٌ إلا أَن لا يُمكِنَ جَعلُهُ بَيعًا فَيُجعَلُ فَسخًا إلا أَن لا يُمكِنَ فَتَبطُلُ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ هُوَ فَسخٌ إلا إذَا تَعَذَّرَ جَعلُهُ فَسخًا فَيُجعَلُ بَيعًا إلا أَن لا يُمكِنَ فَتَبطُلُ. لمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ اللفظَ للفَسخِ وَالرَّفعِ. وَمِنهُ يُقَالُ: أَقِلنِي عَثَرَاتِي فَتُوفَّرُ عَليهِ قَضِيَّتَهُ. وَإِذَا تَعَذَّرَ يُحملُ عَلَى مُحتَمَلهِ وَهُوَ البَيعُ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ بَيعٌ فِي حَقِّ الثَّالثِ: وَلأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ مُبَادَلةُ المَال بِالمَال بِالتَّرَاضِي. وَهَذَا هُوَ حَدُّ البَيعِ وَلهَذَا يَبطُلُ بِهَلاكِ السِّلعَةِ وَيُرَدُّ بِالعَيبِ وَتَثبُتُ بِهِ الشُّفعَةُ وَهَذِهِ أَحكَامُ البَيعِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ اللفظَ يُنبِئُ عَن الرَّفعِ وَالفَسخِ كَمَا قُلنَا، وَالأَصلُ إعمَالُ الأَلفَاظِ فِي مُقتَضَيَاتِهَا الحَقِيقِيَّةِ، وَلا يُحتَمَلُ ابتِدَاءُ العَقدِ ليُحمَل عَليهِ عِندَ تَعَذُّرِهِ؛ لأَنَّهُ ضِدُّهُ وَاللفظُ لا يَحتَمِلُ ضِدَّهُ فَتَعَيَّنَ البُطلانُ، وَكَونُهُ بَيعًا فِي حَقِّ الثَّالثِ أَمرٌ ضَرُورِيٌّ؛ لأَنَّهُ يَثبُتُ بِهِ مِثلُ حُكمِ البَيعِ وَهُوَ المِلكُ لا مُقتَضَى الصِّيغَةِ، إذ لا وِلايَةَ لهُمَا عَلى غَيرِهِمَا، إذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ: إذَا شَرَطَ الأَكثَرَ فَالإِقَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّل لتَعَذُّرِ الفَسخِ عَلَى الزِّيَادَةِ، إذ رَفعُ مَا لم يَكُن ثَابِتًا مُحَالٌ فَيَبطُلُ الشَّرطُ؛ لأَنَّ الإِقَالَةَ لا تَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، بِخِلافِ البَيعِ؛ لأَنَّ الزِّيَادَةَ يُمكِنُ إثبَاتُهَا فِي العَقدِ فَيَتَحقَّقُ الرِّبَا أَو لا يُمكِنُ إثبَاتُهَا فِي الرَّفعِ، وَكَذَا إذَا شَرَطَ الأَقَل لمَا بَيَّنَّاهُ إلا أَن يَحدُثَ فِي المَبِيعِ عَيبٌ فَحِينَئِذٍ جَازَت الإِقَالَةُ بِالأَقَل؛ لأَنَّ الحَطَّ يُجعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالعَيبِ، وَعِندَهُمَا فِي شَرطِ الزِّيَادَةِ يَكُونُ بَيعًا؛ لأَنَّ الأَصل هُوَ البَيعُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَعِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ جَعلُهُ بَيعًا مُمكِنٌ فَإِذَا زَادَ كَانَ قَاصِدًا بِهَذَا ابتِدَاءَ البَيعِ، وَكَذَا فِي شَرطِ الأَقَل عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأَنَّهُ هُوَ الأَصلُ عِندَهُ، وَعِندَ مُحَمَّدٍ

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٦٠)، وابن ماجه (٢١٩٩)، وأحمد (٢/٢٥٢). وانظر نصب الراية (٤/٦١).

رَحِمَهُ اللهُ هُوَ فَسخٌ بِالثَّمَنِ الأَوَّل لا سُكُوتٌ عَن بَعضِ الثَّمَنِ الأَوَّل، وَلو سَكَتَ عَن الكُل وَأَقَال يَكُونُ فَسخًا فَهَذَا أَولى، بِخِلافِ مَا إِذَا زَادَ، وَإِذَا دَخَلَهُ عَيبٌ فَهُوَ فَسخٌ بِالأَقَل لَما بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(بَابُ الإِقَالة): (**الإِقَالَةُ**) الخَلاصُ عَنْ خَبَثِ البَيْعِ الفَاسِدِ وَالمَكْرُوه. لَمَّا كَانَ بِالفَسْخِ كَانَ للإِقَالة تَعَلُّقٌ خاصٌّ بِهمَا فَأَعْقَبَ ذِكْرَهَا إِيَّاهُمَا، وَهِيَ مِنْ القيل لا مِنْ القَوْل، وَالهَمْزَةُ للسَّلْب كَمَا ذَهَبَ إِلَيْه بَعْضٌ بدَليل قُلت البَيْعَ بِكَسْر القَاف **وَهِيَ جَائِزَةٌ** لقَوْله ﷺ «**مَنْ أَقَال نَادمًا بَيْعَتَهُ أَقَال اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القيَامَة**» نَدَبَ ﷺ إِلَيْهَا بمَا يُوجِبُ التَّحْرِيضَ عَلهَا مِنْ الثَّوَاب إِخْبَارًا أَوْ ادِّعَاءً، وَكلاهُمَا لا يَكُونُ إِلا لَمشْرُوعٍ، وَلأَنَّ العَقْدَ حَقُّهُمَا وَكُلُّ مَا هُوَ حَقُّهُمَا يَمْلكَان رَفْعَهُ لحَاجَتهمَا، وَشَرْطُهَا أَنْ تَكُونَ بِالثَّمَنِ الأَوَّل (فَإِنْ **شَرَطَا أَكْثَرَ منْهُ أَوْ أَقَل** فَالشَّرْطُ بَاطلٌ وَيُردُّ مثْلُ الثَّمَنِ الأَوَّل وَالأَصْلُ فِي ذَلكَ أَنَّ الإِقَالةَ فَسْخٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقدَيْن) وَلهَذَا بَطَل مَا نَطَقَا بِه مِنْ الزِّيَادَة عَلى الثَّمَنِ الأَوَّل وَالنُّقْصَان منْهُ.

وَلوْ بَاعَ **البَائعُ المَبيعَ منْ المُشْتَري قَبْل أَنْ يَسْتَردَّهُ منْهُ** جَازَ وَلوْ كَانَ بَيْعًا لَمَا جَازَ لكَوْنه قَبْل القَبْض بَيْعًا جَديدًا فِي حَقِّ غَيْرِهمَا وَلهَذَا تَجبُ الشُّفْعَةُ للشَّفيع فِيمَا إِذَا بَاعَ دَارًا فَسَلمَ الشُّفْعَةَ ثُمَّ تَقَايَلا وَعَادَ المَبيعُ إِلى ملك البَائع، وَلوْ كَانَ فَسْخًا فِي حَقِّ غَيْرِهمَا لَمْ يَكُنْ لهُ ذَلكَ، وَشَرْطُ التَّقَابُض إِذَا كَانَ البَيْعُ صَرْفًا فَكَانَتْ فِي حَقِّ الشَّريعَة بَيْعًا جَديدًا.

وَهَذَا لأَنَّ لفظَهَا يُنْبِئُ عَنْ الفَسْخ كَمَا سَنَذْكُرُهُ، وَمَعْنَاهَا يُنْبِئُ عَنْ البَيْع لكَوْنهَا مُبَادَلةَ المَال بالمَال بالتَّرَاضي، وَجَعْلُهَا فَسْخًا أَوْ بَيْعًا فَقَطْ إِهْمَالٌ لأَحَد الجَانبَيْن وَإِعْمَالهُمَا وَلوْ بوَجْه أَوْلى، فَجَعَلنَاهَا منْ حَيْثُ اللفْظُ فَسْخًا فِي حَقِّ المُتَعَاقدَيْن لقيَامه بهمَا فَتَعَيَّنَ أَنْ تَكُونَ بَيْعًا فِي حَقِّ غَيْرِهمَا، فَإِنْ تَعَذَّرَ فَجَعَلهَا فَسْخًا بَطَلتْ كَمَا إِذَا وَلدَتْ المَبيعَةُ بَعْدَ القَبْض وَلدًا فَإِنَّ الزِّيَادَةَ المُنْفَصلة تَمْنَعُ فَسْخَ العَقْد حَقًّا للشَّرْع. وَهَذَا عنْدَ أَبي حَنيفَةَ، وَعنْدَ أَبي يُوسُفَ هيَ بَيْعٌ إِلا أَنْ يَتَعَذَّرَ جَعْلُهَا بَيْعًا، كَمَا إِذَا **تَقَايَلا في المَنْقُول قَبْل القَبْض** فَيُجْعَلُ فَسْخًا إِلا إِنْ تَعَذَّرَ جَعْلُهَا فَسْخًا فَتَبْطُلُ، كَمَا إِذَا تَقَايَلا في العُرُوض المَبيعَة بالدَّرَاهم بَعْدَ هَلاكهَا وَعنْدَ مُحَمَّد هُوَ فَسْخٌ إِلا إِذَا تَعَذَّرَ ذَلكَ، كَمَا إِذَا

تَقَايَلا بِأَكْثَرَ مِنْ الثَّمَنِ الأَوَّلِ فَيُجْعَلُ بَيْعًا إلا إذَا تَعَذَّرَ ذَلِكَ فَتَبْطُلُ كَمَا فِي صُورَةِ بَيْعِ العَرْضِ بِالدَّرَاهِمِ بَعْدَ هَلاكِه. اسْتَدَلَ مُحَمَّدٌ بِالمَعْنَى اللُّغَوِيِّ فَقَالَ: إنَّ اللفْظَ لِلفَسْخِ وَالدَّفْعِ: يَعْنِي أَنَّ حَقِيقَةَ ذَلِكَ يُقَالُ فِي الدُّعَاءِ أَقِلْنِي عَثْرَتِي، وَإِذَا أَمْكَنَ العَمَلُ بِالحَقِيقَةِ لا يُصَارُ إلى المَجَازِ فَيُعْمَلُ بِهَا، وَإِذَا تَعَذَّرَ يُحْمَلُ عَلى مُحْتَمَلِه وَهُوَ البَيْعُ لأَنَّهُ بَيْعٌ فِي حَقِّ ثَالِث.

وَاسْتَدَلَ أَبُو يُوسُفَ بِمَعْنَاهُ فَإِنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ بِالتَّرَاضِي وَلَيْسَ البَيْعُ إلا ذَلِكَ، وَاعْتَضَدَ بِثُبُوتِ أَحْكَامِ البَيْعِ مِنْ بُطْلانِهَا بِهَلاكِ السِّلْعَةِ وَالرَّدِّ بِالعَيْبِ وَثُبُوتِ الشُّفْعَة. وَعُورِضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ بَيْعًا أَوْ مُحْتَمَلَةً لَهُ لانْعَقَدَ البَيْعُ بِلفْظِ الإِقَالَةِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ. وَأُجِيبَ بِمَنْعِ بُطْلانِ اللازِمِ عَلى المَرْوِيِّ عَنْ بَعْضِ المَشَايِخ، وَبِالفَرْقِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ بِأَنَّهُ إذَا قَال ابْتِدَاءً أَقَلْتُك العَقْدَ فِي هَذَا العَبْدِ بِأَلفِ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا عَقْدٌ أَصْلا تَعَذَّرَ تَصْحِيحُهَا بَيْعًا لأَنَّ الإِقَالةَ إنَّمَا أُضِيفَتْ إلى مَا لا وُجُودَ لهُ فَتَبْطُلُ فِي مَخْرَجِهَا، وَمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّهَا أُضِيفَتْ إلى مَا لهُ وُجُودٌ: أَعْنِي بِه سَابِقَةَ العَقْدِ قَبْلَهَا فَلَمْ يَلزَمْ مِنْ إرَادَةِ المَجَازِ مِنْ اللفْظِ فِي مَوْضِعٍ لِوُجُودِ الدَّلالَةِ عَلى مَا أَرَادَ مِنْ المَجَازِ إرَادَةُ المَجَازِ فِي سَائِرِ الصُّوَرِ عِنْدَ عَدَمِ دَلالَةِ الدَّلِيلِ عَلى المَجَازِ، وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يَجْعَلُ الإِقَالةَ بَيْعًا مَجَازًا وَذَلِكَ مَصِيرٌ إلى المَجَازِ مَعَ إمْكَانِ العَمَلِ بِالحَقِيقَةِ وَهُوَ لا يَجُوزُ.

وَالثَّانِي أَنَّ قَوْلَهُ أَقَلْتُك العَقْدَ فِي هَذَا العَبْدِ مَعْنَاهُ عَلى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ بِعْتُك هَذَا العَبْدَ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي نَفْيَ سَابِقَةِ العَقْدِ. وَاسْتَدَلَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ اللفْظَ يُنْبِئُ عَنْ الفَسْخِ وَالرَّفْعِ كَمَا قُلنَا فَهُوَ حَقِيقَةٌ فِيه، وَالأَصْلُ إعْمَالُ الأَلفَاظِ فِي حَقَائِقِهَا، فَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ صِيرَ إلى المَجَازِ إنْ أَمْكَنَ وَإِلا بَطَلا، وَهَاهُنَا لَمْ يُمْكِنْ أَنْ يُجْعَل مَجَازًا عَنْ ابْتِدَاءِ العَقْدِ لأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُهُ لِكَوْنِهَا ضِدَّهُ، وَاسْتِعَارَةُ أَحَدِ الضِّدَّيْنِ للآخَرِ لا تَجُوزُ كَمَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِه.

فَإِنْ قِيل: الإِقَالةُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ الثَّالِث وَلَوْ لَمْ يُحْتَمَل البَيْعُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ. أَجَابَ المُصَنِّفُ بِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِطَرِيقِ المَجَازِ، إذْ الثَّابِتُ بِالمَجَازِ ثَابِتٌ بِقَضِيَّةِ الصِّيغَةِ، وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ إذْ لا وِلايَةَ لهُمَا عَلى غَيْرِهِمَا لِيَكُونَ لفْظُهُمَا عَامِلا فِي حَقِّه، بَل هُوَ

أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ، لأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ مِثْلُ حُكْمِ البَيْعِ وَهُوَ المِلْكُ للبَائِعِ تَبَدَّل ظَاهِرُ مُوجَبِه فِي حَقِّ ثَالِثٍ دُونَهُمَا لامْتِنَاعِ ثُبُوتِ الضِّدَّيْنِ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، وَتَقْرِيرُهُ بِوَجْهِ البَسْطِ أَنَّ البَيْعَ وُضِعَ لإِثْبَاتِ المِلْكِ قَصْدًا، وَزَوَالُ المِلْكِ مِنْ ضَرُورَاتِه، وَالإِقَالَةُ وُضِعَتْ لإِزَالَةِ المِلْكِ وَإِبْطَالِه، وَثُبُوتُ المِلْكِ للبَائِعِ مِنْ ضَرُورَاتِه، فَيَثْبُتُ المِلْكُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا كَانَ لِصَاحِبِه كَمَا يَثْبُتُ فِي المُبَايَعَة، فَاعْتُبِرَ مُوجَبُ الصِّيغَةِ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ لأَنَّ لَهُمَا وِلايَةً عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَتَعَيَّنَ اعْتِبَارُ الحُكْمِ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا لأَنَّهُ لَيْسَ لَهُمَا وِلايَةٌ عَلَى غَيْرِهِمَا.

وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ المُدَّعَى أَنْ كَوْنَ الإِقَالَةِ بَيْعًا جَدِيدًا فِي حَقِّ ثَالِثٍ لَيْسَ مُقْتَضَى الصِّيغَةِ لأَنَّ كَوْنَهَا فَسْخًا بِمُقْتَضَاهَا، فَلَوْ كَانَ كَوْنُهَا بَيْعًا كَذَلِكَ لَزِمَ الجَمْعُ بَيْنَ الحَقِيقَةِ وَالمَجَازِ وَهُوَ مُحَالٌ، وَالجَوَابُ لأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ عَمَّا اسْتَدَلَّ بِه أَبُو يُوسُفَ مِنْ ثُبُوتِ الأَحْكَامِ مَا قِيلَ: الشَّارِعُ يُبَدِّلُ الأَحْكَامَ فَلا يُغَيِّرُ الحَقَائِقَ فَإِنَّهُ أَخْرَجَ دَمَ الاسْتِحَاضَةِ عَنْ كَوْنِه حَدَثًا، وَفَسَادُ الإِقَالَةِ عِنْدَ هَلاكِ المَبِيعِ وَثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ مِنْ الأَحْكَامِ فَجَازَ أَنْ يُغَيَّرَ وَيَثْبُتَ فِي ضِمْنِ الإِقَالَةِ، وَأَمَّا الإِقَالَةُ فَمِنْ الحَقَائِقِ فَلا يُخْرِجُهَا عَنْ حَقِيقَتِهَا التِي هِيَ الفَسْخُ، إِذَا ثَبَتَ هَذَا: أَيْ مَا ذُكِرَ مِنْ الأَصْلِ نَقُولُ: إِذَا شُرِطَ الأَكْثَرُ فَالإِقَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ لِتَعَذُّرِ الفَسْخِ عَلَى الزِّيَادَةِ لأَنَّ فَسْخَ العَقْدِ عِبَارَةٌ عَنْ رَفْعِه عَلَى الوَصْفِ الذِي كَانَ قَبْلَهُ، وَالفَسْخُ عَلَى الزِّيَادَةِ لَيْسَ كَذَلِكَ لأَنَّ فِيه رَفْعَ مَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا وَهُوَ مُحَالٌ فَيَبْطُلُ الشَّرْطُ لا الإِقَالَةُ لأَنَّهَا لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَة، لأَنَّ الشَّرْطَ يُشْبِهُ الرِّبَا لأَنَّ فِيه نَفْعًا لأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ المُعَاوَضَة خَالٍ عَنْ العِوَضِ، وَالإِقَالَةُ تُشْبِهُ البَيْعَ مِنْ حَيْثُ المَعْنَى فَكَانَ الشَّرْطُ الفَاسِدُ فِيهَا شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ فَلا يُؤَثِّرُ فِي صِحَّةِ الإِقَالَةِ كَمَا لا يُؤَثِّرُ فِي صِحَّةِ البَيْعِ، بِخِلافِ البَيْعِ فَإِنَّ الزِّيَادَةَ فِيه إِثْبَاتُ مَا لَمْ يَكُنْ بِالعَقْدِ فَيَسْتَحِقُّ الرِّبَا، وَلأَنَّ فِي الشَّرْطِ شُبْهَةَ الرِّبَا وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَ الأَقَلَّ مِنْ الثَّمَنِ الأَوَّلِ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ أَنَّ رَفْعَ مَا لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا مُحَالٌ، وَالنُّقْصَانُ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا فَرَفْعُهُ يَكُونُ مُحَالا إِلا أَنْ يَحْدُثَ فِي المَبِيعِ عَيْبٌ فَجَازَتْ الإِقَالَةُ بِالأَقَلِّ لأَنَّ الحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالعَيْبِ.

وَصُورَةُ هَذِه المَسَائِلِ الثَّلاثِ: مَا إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَتَقَايَلا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ صَحَّتْ الإِقَالَةُ، وَإِنْ تَقَايَلا بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَة صَحَّتْ بِالأَلْفِ وَلَغَا ذِكْرُ البَاقِي،

وَإِنْ تَقَايَلا بِأَلفٍ إلا مائَةً، فَإِنْ لَمْ يَدْخُلهَا عَيْبٌ صَحَّتْ بِأَلفٍ وَلغَا النَّقْصُ وَوَجَبَ عَلى البَائِعِ رَدُّ الأَلفِ عَلى المُشْتَرِي، وَإِنْ دَخَلهَا عَيْبٌ صَحَّتْ الإِقَالةُ بِمَا شُرِطَ وَيَصِيرُ المَحْطُوطُ بِإِزَاءِ نُقْصَانِ العَيْبِ، لأَنَّهُ لمَّا احْتَبَسَ عِنْدَ المُشْتَرِي جُزْءٌ مِنْ المَبِيعِ جَازَ أَنْ يَحْتَبِسَ عِنْدَ البَائِعِ جُزْءٌ مِنْ الثَّمَنِ، وَجَوَابُ الكِتَابِ مُطْلقٌ عَنْ أَنْ يَكُونَ الحَطُّ بِمِقْدَارِ حِصَّةِ العَيْبِ أَوْ أَكْثَرَ بِمِقْدَارِ مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ أَوْ لا.

وَقَال بَعْضُ المَشَايِخِ: تَأْوِيلُ المَسْأَلةِ ذَلكَ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَعِنْدَهُمَا فِي شَرْطِ الزِّيَادَةِ يَكُونُ بَيْعًا لأَنَّ الأَصْل هُوَ البَيْعُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَإِنْ كَانَتْ فَسْخًا، لكِنَّهُ فِي الزِّيَادَةِ غَيْرُ مُمْكِنٍ وَجَعْلُهَا بَيْعًا مُمْكِنٌ، فَإِذَا زَادَ تَعَذَّرَ العَمَلُ بِالحَقِيقَةِ فَيُصَارُ إلى المَجَازِ صَوْنًا لكَلامِ العُقَلاءِ عَنْ الإِلغَاءِ.

وَلا فَرْقَ فِي الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لأَنَّ الأَصْل عِنْدَهُ هُوَ البَيْعُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الفَسْخُ مُمْكِنٌ فِي فَصْل النُّقْصَانِ لأَنَّهُ لوْ سَكَتَ عَنْ جَمِيعِ الثَّمَنِ وَأَقَال كَانَ فَسْخًا فَهَذَا أَوْلى، وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ كَوْنَهُ فَسْخًا إذَا سَكَتَ عَنْ كُل الثَّمَنِ إمَّا أَنْ يَكُونَ عَلى مَذْهَبِهِ خَاصَّةً أَوْ عَلى الاتِّفَاقِ، وَالأَوَّلُ رَدُّ المُخْتَلفِ عَلى المُخْتَلفِ، وَالثَّانِي غَيْرُ نَاهِضٍ لأَنَّ أَبَا يُوسُفَ إنَّمَا يَجْعَلُهُ فَسْخًا لامْتِنَاعِ جَعْلهِ بَيْعًا لانْتِفَاءِ ذِكْرِ الثَّمَنِ، بِخِلافِ صُورَةِ النُّقْصَانِ. فَإِنَّ فِيهَا مَا يَصْلُحُ ثَمَنًا. فَإِذَا دَخَلهُ عَيْبٌ فَهُوَ فَسْخٌ بِالأَقَل: يَعْنِي بِالاتِّفَاقِ، لمَا بَيَّنَّا أَنَّ الحَطَّ يُجْعَلُ بِإِزَاءِ مَا فَاتَ بِالعَيْبِ.

وَلو أَقَال بِغَيرِ جِنسِ الثَّمَنِ الأَوَّل فَهُوَ فَسخٌ بِالثَّمَنِ الأَوَّل عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَيَجعَلُ التَّسمِيَةَ لغوًا عِندَهُمَا بَيعٌ لمَا بَيَّنَّا، وَلو وَلدَت المَبِيعَةُ وَلدًا ثُمَّ تَقَايَلا فَالإِقَالةُ بَاطِلةٌ عِندَهُ لأَنَّ الوَلدَ مَانِعٌ مِن الفَسخِ، وَعِندَهُمَا تَكُونُ بَيعًا وَالإِقَالةُ قَبل القَبضِ فِي المَنقُول، وَغَيرِهِ فَسخٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ كَذَا عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي المَنقُول لتَعَذُّرِ البَيعِ، وَفِي العَقَارِ يَكُونُ بَيعًا عِندَهُ لإِمكَانِ البَيعِ، فَإِنَّ بَيعَ العَقَارِ قَبل القَبضِ جَائِزٌ عِندَهُ.

الشرح:

وَلوْ أَقَال بِغَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ الأَوَّل فَهُوَ فَسْخٌ بِالثَّمَنِ الأَوَّل عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَتُجْعَلُ التَّسْمِيَةُ لغْوًا، وَعِنْدَهُمَا بَيْعٌ لمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ وَجْهِ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي فَصْل الزِّيَادَةِ.

وَلوْ **وُلدَتْ المَبيعَةُ ثُمَّ تَقَايَلا** بَطَلَتْ الإقَالةُ عِنْدَهُ لأَنَّ الوَلَدَ مَانِعٌ مِنْ الفَسْخِ، هَذَا إِذَا وَلدَتْ بَعْدَ القَبْضِ، أَمَّا إذَا وَلدَتْ قَبْلهُ فَالإقَالةُ صَحِيحَةٌ عِنْدَهُ.

وَحَاصِلُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّ الجَارِيَةَ إذَا ازْدَادَتْ ثُمَّ تَقَايَلا، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ القَبْضِ صَحَّتْ الإقَالةُ سَوَاءٌ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مُتَّصِلةً كَالسِّمَنِ وَالجَمَال أَوْ مُنْفَصِلةً كَالوَلد وَالأَرْشِ وَالعُقْرِ، لأَنَّ الزِّيَادَةَ قَبْل القَبْضِ لا تَمْنَعُ الفَسْخَ مُنْفَصِلةً كَانَتْ أَوْ مُتَّصِلةً، وَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ بَعْدَ القَبْضِ، إنْ كَانَتْ مُنْفَصِلةً فَالإقَالةُ بَاطِلةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّهُ لا يُصَحِّحُهَا إلا فَسْخًا وَقَدْ تَعَذَّرَ حَقًّا للشَّرْعِ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلةً فَهِيَ صَحِيحَةٌ عِنْدَهُ لأَنَّهَا لا تَمْنَعُ الفَسْخَ بِرِضَا مَنْ لهُ الحَقُّ فِي الزِّيَادَةِ بِبُطْلانِ حَقِّه فِيهَا، وَالتَّقَايُلُ دَليلُ الرِّضَا فَأَمْكَنَ تَصْحِيحُهَا فَسْخًا، وَالإِقَالةُ فِي المَنْقُول قَبْل القَبْضِ فَسْخٌ بِالاتِّفَاق لامْتِنَاعِ البَيْعِ، وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ كَالعَقَارِ فَإِنَّهُ فَسْخٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَبَيْعٌ لجَوَازِ المَبِيعِ فِي العَقَارِ قَبْل القَبْضِ عِنْدَهُ.

(قَال وَهَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمنَعُ صِحَّةَ الإِقَالةِ وَهَلاكُ المَبِيعِ يَمنَعُ مِنهَا) لأَنَّ رَفعَ البَيعِ يَستَدعِي قِيَامَهُ وَهُوَ قَائِمٌ بِالبَيعِ دُونَ الثَّمَنِ (فَإن هَلَكَ بَعضُ المَبِيعِ جَازَت الإِقَالةُ فِي البَاقِي)؛ لقِيَامِ البَيعِ فِيهِ، وَإن تَقَايَضَا تَجُوزُ الإِقَالةُ بَعدَ هَلاكِ أَحَدِهِمَا وَلا تَبطُلُ بِهَلاكِ أَحَدِهِمَا لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنهُمَا مَبِيعٌ فَكَانَ المَبِيعُ بَاقِيًا، وَاللهُ أَعلمُ بِالصَّوَابِ

الشرح:

قَال (**وَهَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقَالة** إلخ) هَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإقَالة. وَهَلاكُ المَبِيعِ يَمْنَعُ مِنْهَا لأَنَّ رَفْعَ البَيْعِ يَسْتَدْعِي قِيَامَ البَيْعِ، فَإِنَّ رَفْعَ المَعْدُومِ مُحَالٌ وَقِيَامُ البَيْعِ بِالمَبِيعِ دُونَ الثَّمَنِ لأَنَّ الأَصْل هُوَ المَبِيعُ وَلهَذَا شُرِطَ وُجُودُهُ عِنْدَ البَيْعِ، بِخِلافِ الثَّمَنِ لأَنَّهُ بِمَنْزِلةِ الوَصْفِ وَلهَذَا جَازَ العَقْدُ وَإِنْ لمْ يَكُنْ مَوْجُودًا كَمَا عُرِفَ فِي الأُصُول. وَلوْ **هَلكَ بَعْضُ المَبِيعِ** جَازَتْ الإِقَالةُ فِي البَاقِي لقِيَامِ المَبِيعِ فِيهِ، وَلوْ تَقَايَضَا جَازَتْ الإِقَالةُ بَعْدَ هَلاكِ أَحَدِهِمَا: أَيْ أَحَد العِوَضَيْنِ ابْتِدَاءً بِأَنْ **تَبَايَعَا عَبْدًا بِجَارِيَةٍ فَهَلكَ العَبْدُ فِي يَدِ بَائِعِ الجَارِيَةِ** ثُمَّ أَقَالا البَيْعَ فِي الجَارِيَةِ وَجَبَ رَدُّ قِيمَةِ العَبْدِ، وَلا تَبْطُلُ بِهَلاكِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ وُجُودِهِمَا لأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فَكَانَ البَيْعُ قَائِمًا، أَمَّا إذَا كَانَ أَحَدُهُمَا هَالكًا وَقْتَ الإِقَالةِ وَالآخَرُ قَائِمًا وَصَحَّتْ الإِقَالةُ ثُمَّ هَلكَ القَائِمُ قَبْل

الرَّدِّ فَقَدْ بَطَلَتْ الإِقَالَةُ، وَلا يُشْكِلُ بِالْمُقَايَضَةِ فَإِنَّهَا لا تَبْقَى إِذَا هَلَكَ أَحَدُ العِوَضَيْنِ قَبْل القَبْضِ أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا هَالِكًا وَقْتَ البَيْعِ فَإِنَّهَا لا تَصِحُّ، مَعَ أَنَّ كُل وَاحِد مِنْهُمَا فِي مَعْنَى الآخَرِ لأَنَّ الإِقَالَةَ وَإِنْ كَانَ لَهَا حُكْمُ البَيْعِ لكِنَّهَا لَيْسَتْ بِبَيْعٍ عَلى الحَقِيقَةِ فَتَجُوزُ بَعْدَ هَلاكِ العِوَضَيْنِ، بِخِلافِ المُقَايَضَةِ فَإِنَّهَا بَيْعٌ عَلى الحَقِيقَةِ، وَلِكُل وَاحِد مِنْ العِوَضَيْنِ جِهَةُ كَوْنِهِ مَبِيعًا فَأُلْحِقَ بِالبَيْعِ مِنْ كُل وَجْهٍ، وَهَلاكُ المَبِيعِ مِنْ كُل وَجْهٍ مُبْطِلٌ لِلعَقْدِ إِذَا كَانَ قَبْل القَبْضِ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِهَلاكِ أَحَدِهِمَا لأَنَّ هَلاكَهُمَا جَمِيعًا مُبْطِلٌ لِلإِقَالَةِ، بِخِلافِ التَّصَارُفِ فَإِنَّ هَلاكَ البَدَلَيْنِ جَمِيعًا فِيهِ غَيْرُ مَانِعٍ عَنْ الإِقَالَةِ، مَعَ أَنَّ لِكُل وَاحِد مِنْ العِوَضَيْنِ فِيهِ حُكْمَ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ كَمَا فِي المُقَايَضَةِ، لأَنَّهُمَا لَمَّا لَمْ يَتَعَيَّنَا لَمْ تَتَعَلَّقْ الإِقَالَةُ بِأَعْيَانِهِمَا لَوْ كَانَا قَائِمَيْنِ بَل رَدُّ المَقْبُوضِ وَرَدُّ مِثْلِهِ سِيَّان، فَصَارَ هَلاكُهُمَا كَقِيَامِهِمَا، وَفِي المُقَايَضَةِ تَعَلَّقَتْ بِأَعْيَانِهِمَا قَائِمَيْنِ فَمَتَى هَلَكَ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ مِنْ المَعْقُودِ عَلَيْهِ تَرِدُ الإِقَالَةُ عَلَيْهِ. وَاعْلَمْ أَنَّ الإِقَالَةَ تَصِحُّ بِلَفْظَيْنِ: أَحَدُهُمَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ المُسْتَقْبَل نَحْوُ أَنْ يَقُول أَقِلْنِي فَيَقُولُ الآخَرُ أَقَلْت عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَال مُحَمَّدٌ: لا تَصِحُّ إلا بِلَفْظَيْنِ يُعَبَّرُ بِهِمَا عَنْ المَاضِي مِثْلُ أَنْ يَقُول أَقَلْت البَيْعَ فَيَقُولُ الآخَرُ قَبِلْت اعْتِبَارًا بِالبَيْعِ. وَلَهُمَا أَنَّ الإِقَالَةَ لا تَكُونُ إلا بَعْدَ نَظَرٍ وَتَأَمُّلٍ فَلا يَكُونُ قَوْلُهُ أَقِلْنِي مُسَاوَمَةً بَل كَانَ تَحْقِيقًا لِلتَّصَرُّفِ كَمَا فِي النِّكَاحِ وَبِهِ فَارَقَ البَيْعَ.

بَابُ المُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ

قَال (المُرَابَحَةُ نَقلُ مَا مَلَكَهُ بِالعَقدِ الأَوَّل بِالثَّمَنِ الأَوَّل مَعَ زِيَادَةِ رِبحٍ، وَالتَّولِيَةُ نَقلُ مَا مَلَكَهُ بِالعَقدِ الأَوَّل بِالثَّمَنِ الأَوَّل مِن غَيرِ زِيَادَةِ رِبحٍ) وَالبَيعَانِ جَائِزَانِ؛ لاستِجمَاعِ شَرَائِطِ الجَوَازِ، وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إلى هَذَا النَّوعِ مِن البَيعِ؛ لأَنَّ الغَبِيَّ الذِي لا يَهتَدِي فِي التِّجَارَةِ يَحتَاجُ إلى أَن يَعتَمِدَ فِعل الذَّكِيِّ المُهتَدِي وَتَطِيبُ نَفسُهُ بِمِثل مَا اشتَرَى وَبِزِيَادَةِ رِبحٍ فَوَجَبَ القَولُ بِجَوَازِهِمَا، وَلِهَذَا كَانَ مَبنَاهُمَا عَلَى الأَمَانَةِ وَالاحتِرَازِ عَن الخِيَانَةِ وَعَن شُبهَتِهَا، وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَرَادَ الهِجرَةَ ابتَاعَ أَبُو بَكرٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُ بَعِيرَينِ فَقَال لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: وَلِّنِي أَحَدَهُمَا، فَقَال: هُوَ لَك بِغَيرِ شَيءٍ، فَقَال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: أَمَّا بِغَيرِ ثَمَنٍ فَلا»[1].

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٦٣): غريب، وأخرجه البخاري (٣٩٠٥) عن عائشة رضي

الشرح:

(**بَابُ المُرَابَحَة وَالتَّوْلِيَة**): لَمَّا فَرَغَ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالأَصْلِ وَهُوَ المَبِيعُ مِنْ البُيُوعِ اللازِمَةِ وَغَيْرِ اللازِمَةِ وَمَا يَرْفَعُهُمَا شَرَعَ فِي بَيَانِ الأَنْوَاعِ التِي تَتَعَلَّقُ بِالثَّمَنِ مِنْ المُرَابَحَة وَالتَّوْلِيَة وَغَيْرِهِمَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ البُيُوعِ وَوَعَدْنَا تَفْصِيلهَا وَهَذَا مَوْضِعُهُ. وَعَرَّفَ المُرَابَحَةَ بِنَقْلِ مَا مَلَكَهُ بِالعَقْدِ الأَوَّلِ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ رِبْحٍ. وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ غَيْرُ مُطَّرِدٍ وَلا مُنْعَكِسٌ.

أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ مَنْ **اشْتَرَى دَنَانِيرَ بِالدَّرَاهِمِ مُرَابَحَةً** لا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّنَانِيرِ مُرَابَحَةً مَعَ صِدْقِ التَّعْرِيفِ عَلَيْهِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ المَغْصُوبَ الآبِقَ إِذَا عَادَ بَعْدَ القَضَاءِ بِالقِيمَةِ عَلَى الغَاصِبِ جَازَ بَيْعُهُ مِنْ الغَاصِبِ مُرَابَحَةً، وَالتَّعْرِيفُ لَيْسَ بِصَادِقٍ عَلَيْهِ لأَنَّهُ لا عَقْدَ فِيهِ، وَبِأَنَّهُ مُشْتَمِلٌ عَلَى إِبْهَامٍ يَجِبُ عَنْهُ خُلُوُّ التَّعْرِيفِ، وَذَلِكَ لأَنَّ قَوْلَهُ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ إِمَّا أَنْ يُرَادَ بِهِ عَيْنُ الثَّمَنِ الأَوَّلِ أَوْ مِثْلُهُ، لا سَبِيلَ إِلَى الأَوَّلِ لأَنَّ عَيْنَ الثَّمَنِ الأَوَّلِ صَارَ مِلكًا لِلبَائِعِ الأَوَّلِ فَلا يَكُونُ عَيْنُهُ مُرَادًا فِي البَيْعِ الثَّانِي، وَلا إِلَى الثَّانِي لأَنَّهُ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُرَادَ المِثْلُ مِنْ حَيْثُ الجِنْسُ أَوْ المِقْدَارُ، وَالأَوَّلُ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِمَا ذُكِرَ فِي الإِيضَاحِ وَالمُحِيطِ أَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ مُرَابَحَةً فَإِنْ كَانَ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ لَهُ مِثْلٌ جَازَ سَوَاءٌ جَعَلَ الرِّبْحَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ المَالِ الدَّرَاهِمَ مِنْ الدَّرَاهِمِ أَوْ مِنْ غَيْرِ الدَّرَاهِمِ مِنْ الدَّنَانِيرِ أَوْ عَلَى العَكْسِ إِذَا كَانَ مَعْلُومًا يَجُوزُ بِهِ الشِّرَاءُ لأَنَّ الكُل ثَمَنٌ.

وَالثَّانِي يَقْتَضِي أَنْ لا يُضَمَّ إِلَى رَأْسِ المَالِ أُجْرَةُ القَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ وَالطَّرَّازِ وَغَيْرِهَا لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِثَمَنٍ فِي العَقْدِ الأَوَّلِ، عَلَى أَنَّ الثَّمَنَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي المُرَابَحَة أَصْلا، فَإِنَّهُ لَوْ مَلَكَ ثَوْبًا بِهِبَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ فَقَوَّمَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً عَلَى تِلْكَ القِيمَةِ جَازَ، وَالمَسْأَلَةُ فِي المَبْسُوطِ. قِيلَ: فَعَلَى هَذَا الأَوْلَى أَنْ يُقَالَ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ مِنْ السِّلَعِ بِمَا قَامَ عِنْدَهُ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأَوَّلِ أَنَّا لا نُسَلِمُ صِدْقَ التَّعْرِيفِ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَجُزْ البَيْعَ لا يَصْدُقُ عَلَيْهِ النَّقْلُ. وَعَنْ الثَّانِي بِأَنَّ المُرَادَ بِالعَقْدِ أَعَمُّ مِنْ أَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءً أَوْ انْتِهَاءً، وَإِذَا قَضَى القَاضِي بِالقِيمَةِ عَادَ ذَلِكَ عَقْدًا حَتَّى لا يَقْدِرَ المَالِكُ عَلَى رَدِّ القِيمَةِ وَأَخْذِ

=

الله عنها وفيه: أن أبا بكر قال للنبي ﷺ: خذ – بأبي أنت وأمي يا رسول الله – إحدى راحلتي هاتين، فقال عليه السلام: (بالثمن).

المَغْصُوب، وَالمُرَادُ بالمِثْل هُوَ المِثْلُ فِي المِقْدَار، وَالعَادَةُ جَرَتْ بِإِلحَاق مَا يَزِيدُ فِي المَبِيع أَوْ قِيمَته إِلى رَأْسِ المَال فَكَانَ مِنْ جُمْلَة الثَّمَنِ الأَوَّل عَادَةً، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الثَّمَنُ نَفْسُهُ مُرَادًا يُجْعَلُ مَجَازًا عَمَّا قَامَ عِنْدَهُ مِنْ غَيْرِ خِيَانَة فَتَدْخُلُ فِيه مَسْأَلَةُ المَبْسُوط، وَإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهُ بِالثَّمَنِ لِكَوْنه العَادَةَ الغَالِبَةَ فِي المُرَابَحَات فَيَكُونُ مِنْ بَاب تَرْك الحَقِيقَة لِلعَادَة (قَوْلُهُ وَالتَّوْلِيَةُ نَقْلُ مَا مَلَكَهُ بِالعَقْد الأَوَّل بِالثَّمَنِ الأَوَّل مِنْ غَيْرِ زِيَادَة رِبْحٍ) يَرِدُ عَلَيْه مَا كَانَ يَرِدُ عَلى المُرَابَحَة مِنْ حَيْثُ لَفظُ العَقْد وَالثَّمَنُ الأَوَّلُ، وَالجَوَابُ (وَالبَيْعَان جَائِزَان) لاسْتِجْمَاعِ شَرَائِط الجَوَاز.

وَلِتَعَامُل النَّاسِ مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ وَلِمَسَاسِ الحَاجَة، لأَنَّ الغَبِيَّ الذي لا يَهْتَدي فِي التِّجَارَة وَالصِّفَةُ كَاشِفَةٌ يَحْتَاجُ إِلى أَنْ يَعْتَمِدَ عَلى فِعْل الذَّكِيِّ المُهْتَدي وَتَطِيبُ نَفْسُهُ بِمِثْل مَا اشْتَرَاهُ وَبِزِيَادَة رِبْحٍ، وَقَدْ صَحَّتْ التَّوْلِيَةُ مِنْ النَّبِيِّ ﷺ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب فَوَجَبَ القَوْلُ بِجَوَازِهِمَا لِوُجُود المُقْتَضِي وَانْتِفَاء المَانِع (وَلِهَذَا) أَيْ للاحْتِيَاج إِلى الاعْتِمَاد كَانَ مَبْنَى المَبِيعَيْن: أَيْ بِنَاؤُهُمَا عَلى الأَمَانَة وَالاحْتِرَاز عَنْ الخِيَانَة وَشِبْهِهَا، وَأَكَّدَ بِقَوْله وَالاحْتِرَاز عَنْ الخِيَانَة وَأَصَابَ لاقْتِضَاء المَقَام ذَلكَ، وَعَنْ هَذَا لَمْ تَصِحَّ المُرَابَحَةُ وَالتَّوْلِيَةُ فِيمَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ الأَوَّلُ مِنْ ذَوَات القِيَمِ لأَنَّ المُعَادَلَةَ وَالمُمَاثَلَةَ فِي ذَوَات القِيَمِ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالحَزْر وَالظَّنِّ فَكَانَ فِيه شُبْهَةُ عَدَمِ المُمَاثَلَة بِشُبْهَة الخِيَانَة كَمَا لَمْ تَجُزْ المُجَازَفَةُ فِي الأَمْوَال الرِّبَوِيَّة لِذَلكَ، وَكُلُّ مَا حَرُمَ حَرُمَ مَا يُشْبِهُهُ لأَنَّ الحُرْمَةَ مِمَّا يُحْتَاطُ فِيه.

قَال (وَلا تَصِحُّ المُرَابَحَةُ وَالتَّوليَةُ حَتَّى يَكُونَ العِوَضُ مِمَّا لهُ مِثلٌ)؛ لأَنَّهُ إِذَا لم يَكُن لهُ مِثلٌ لو مَلَكَهُ مَلَكَهُ بِالقِيمَةِ وَهِيَ مَجهُولَةٌ (وَلو كَانَ المُشتَرِي بَاعَهُ مُرَابَحَةً مِمَّن يَملكُ ذَلكَ البَدَل وَقَد بَاعَهُ بِربحِ دِرهَمٍ أَو بِشَيءٍ مِن المَكِيل مَوصُوفٍ جَازَ) لأَنَّهُ يَقدِرُ عَلى الوَفَاءِ بِمَا التَزَمَ (وَإِن بَاعَهُ بِربحِ الإل يازده لا يَجُوزُ) لأَنَّهُ بَاعَهُ بِرَأسِ المَال وَبِبَعضِ قِيمَتِهِ؛ لأَنَّهُ ليسَ مِن ذَوَاتِ الأَمثَال، (وَيَجُوزُ أَن يُضِيفَ إِلى رَأسِ المَال أُجرَةَ القَصَّارِ وَالطَّرَّازِ وَالصَّبغِ وَالفَتل وَأُجرَةَ حَمل الطَّعَام) لأَنَّ العُرفَ جَارٍ بِإِلحَاقِ هَذِهِ الأَشيَاءِ بِرَأسِ المَال فِي عَادَةِ التُّجَّارِ؛ وَلأَنَّ كُل مَا يَزِيدُ فِي المَبِيعِ أَو فِي قِيمَتِهِ يَلحَقُ بِهِ هَذَا هُوَ الأَصلُ، وَمَا عَدَدنَاهُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ؛ لأَنَّ الصَّبغَ وَأَخوَاتِهِ يَزِيدُ فِي العَينِ وَالحَمل يَزِيدُ فِي القِيمَةِ إِذ القِيمَةُ تَختَلفُ بِاختِلافِ المَكَانِ (وَيَقُولُ قَامَ عَليَّ بِكَذَا وَلم يَقُل اشتَرَيته بِكَذَا) كَي لا يَكُونَ كَاذِبًا وَسَوقُ الغَنَمِ بِمَنزِلةِ الحَمل، بِخِلافِ أُجرَةِ الرَّاعِي وَكِرَاءِ بَيتِ الحِفظِ؛ لأَنَّهُ

لا يَزِيدُ فِي العَيْنِ وَالمَعنَى، وَبِخِلافِ أُجرَةِ التَّعليمِ لأَنَّ ثُبُوتَ الزِّيَادَةِ لَمعنًى فِيهِ وَهُوَ حذَاقَتُهُ.

الشرح:

قَال (وَلا تَصحُّ المُرَابَحَةُ وَالتَّوْلِيَةُ حَتَّى يَكُونَ العِوَضُ مِمَّا لهُ مِثْلٌ إلخ) لا تَصحُّ **المُرَابحَةُ وَالتَّوْلِيَةُ فِي ذَوَاتِ القِيَمِ** لَمَا ذَكَرْنَا آنفًا أَنَّ مَبْنَاهُمَا عَلى الاحْتِرَازِ عَنْ الخِيَانَة وَشَبَهِهَا وَالاحْتِرَازُ عَنْ الخِيَانَةِ فِي القِيَمِيَّاتِ إنْ أَمْكَنَ، وَقَدْ لا يُمْكِنُ عَنْ شَبَهِهَا لأَنَّ المُشْتَرِيَ لا يَشْتَرِي المَبِيعَ إلا بِقِيمَةِ مَا وَقَعَ فِيهِ مِنْ الثَّمَنِ، إذْ لا يُمْكِنُ دَفْعُ عَيْنِه حَيْثُ لَمْ يَمْلِكْهُ وَلا دَفْعُ مِثْله إذْ الفَرْضُ عَدَمُهُ فَتَعَيَّنَتْ القِيمَةُ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ تُعْرَفُ بِالحَزْرِ وَالظَّنِّ فَيَتَمَكَّنُ فِيهِ شُبْهَةُ الخِيَانَة، إلا إذَا كَانَ المُشْتَرِي بَاعَهُ مُرَابَحَةً مِمَّنْ مَلكَ ذَلكَ البَدَل مِنْ البَائِعِ الأَوَّل بِسَبَبٍ مِنْ الأَسْبَاب فَإِنَّهُ يَشْتَرِيه مُرَابَحَةً بِرِبْحٍ مَعْلُومٍ مِنْ دَرَاهِمَ أَوْ شَيْءٍ مِنْ المَكِيل وَالمَوْزُون المَوْصُوف لاقْتِدَارِه عَلى الوَفَاءِ بِمَا التَزَمَ.

وَأَمَّا إذَا اشْتَرَاهُ بِرِبْحِ ده يازده مَثَلا: أَيْ بِرِبْحِ مِقْدَار دِرْهَمٍ عَلى عَشَرَة دَرَاهِمَ، فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ الأَوَّلُ عِشْرِينَ دِرْهَمًا كَانَ الرِّبْحُ دِرْهَمَيْنِ وَإِنْ كَانَ ثَلاثِينَ كَانَ ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ لأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِرَأْسِ المَال، وَبِبَعْضِ قِيمَته لأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ذَوَات الأَمْثَال فَصَارَ البَائِعُ بَائِعًا للمَبِيعِ بِذَلكَ الثَّمَنِ القِيَمِيِّ كَالثَّوْب مَثَلا أَوْ بِجُزْءٍ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ جُزْءًا مِنْ الثَّوْب وَالجُزْءُ الحَادِيَ عَشَرَ لا يُعْرَفُ إلا بِالقِيمَة وَهِيَ مَجْهُولَةٌ فَلا يَجُوزُ، ثُمَّ الثَّمَنُ الأَوَّلُ إنْ كَانَ نَقْدَ البَلد فَالرِّبْحُ يَنْصَرِفُ إليْه، وَإِنْ كَانَ غَيْرَهُ فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ يُطْلَقَ الرِّبْحُ أَوْ يُنْسَبَ إلى رَأْسِ المَال، فَإِنْ كَانَ الأَوَّل كَمَا إذَا قَال بِعْتُك بِالعَشَرَة وَرِبْحِ دِرْهَمٍ فَالرِّبْحُ مِنْ نَقْد البَلد، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ كَقَوْله بِعْتُك بِرِبْحِ العَشَرَة أَوْ ده يازده فَالرِّبْحُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ الأَوَّل لأَنَّهُ عَرَّفَهُ بِالنِّسْبَة إليْه فَكَانَ عَلى صِفَته، وَيَجُوزُ أَنْ يُضِيفَ إلى رَأْسِ المَال أُجْرَةَ القَصَّار وَالصَّبْغِ وَالطِّرَاز وَالفَتْل وَأُجْرَةَ حَمْل الطَّعَام، لأَنَّ العُرْفَ جَارٍ بِإِلحَاق هَذه الأَشْيَاء بِرَأْسِ المَال فِي عَادَة التُّجَّار، لأَنَّ كُل مَا يَزِيدُ فِي المَبِيعِ أَوْ فِي قِيمَته يُلحَقُ به.

هَذَا هُوَ الأَصلُ وَهَذه الأَشْيَاءُ تَزِيدُ فِي ذَلكَ، فَالصَّبْغُ وَأَخَوَاتُهُ يَزِيدُ فِي العَيْنِ وَالحَمْلُ يَزِيدُ فِي القِيمَة لأَنَّهَا تَخْتَلفُ بِاخْتِلاف المَكَان فَيُلحَقُ به، وَيَقُولُ قَامَ عَليَّ بِكَذَا وَلا يَقُولُ اشْتَرَيْته بِكَذَا كَيْ لا يَكُونَ كَاذِبًا لأَنَّ القِيَامَ عَليْه عِبَارَةٌ عَنْ الحُصُول بِمَا غَرِمَ

وَقَدْ غَرِمَ فِيهِ القَدْرَ المُسَمَّى. وَإِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ يَقُولُ رَقْمُهُ كَذَا فَأَنَا أَبِيعُهُ مُرَابَحَةً وَسَوْقُ الغَنَمِ بِمَنْزِلَةِ الحَمْلِ، بِخِلافِ أُجْرَةِ الرَّاعِي وَكِرَاءِ بَيْتِ الحِفْظِ لأَنَّهُ لا يَزِيدُ فِي العَيْنِ وَلا فِي القِيمَةِ، وَبِخِلافِ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ، فَإِذَا أَنْفَقَ عَلَى عَبْدِهِ فِي تَعَلُّمِ عَمَلٍ مِنْ الأَعْمَالِ دَرَاهِمَ لَمْ يُلحِقْهَا بِرَأْسِ المَالِ لأَنَّ الزِّيَادَةَ الحَاصِلَةَ فِي المَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ مَعْنًى فِي المُتَعَلِّمِ وَهُوَ الحِذْقُ وَالذَّكَاءُ لا بِمَا أَنْفَقَ عَلَى المُعَلِّمِ، وَعَلَى هَذِهِ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ وَالرَّائِضِ وَالبَيْطَارِ وَجُعْلُ الآبِقِ وَالحَجَّامِ وَالخَتَّانِ.

(فَإِن اطَّلَعَ المُشتَرِي عَلى خِيَانَةٍ فِي المُرَابَحَةِ فَهُوَ بِالخِيَارِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ إن شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِن شَاءَ تَرَكَهُ وَإِن اطَّلَعَ عَلى خِيَانَةٍ فِي التَّولِيَةِ أَسقَطَهَا مِن الثَّمَنِ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَحُطُّ فِيهِمَا، وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يُخَيَّرُ فِيهِمَا) لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الاعتِبَارَ للتَّسمِيَةِ؛ لكَونِهِ مَعلُومًا، وَالتَّولِيَةُ وَالمُرَابَحَةُ تَروِيجٌ وَتَرغِيبٌ فَيَكُونُ وَصفًا مَرغُوبًا فِيهِ كَوَصفِ السَّلامَةِ فَيَتَخَيَّرُ بِفَوَاتِهِ، وَلأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الأَصل فِيهِ كَونُهُ تَولِيَةً وَمُرَابَحَةً وَلِهَذَا يَنعَقِدُ بِقَولِهِ وَلَّيتُك بِالثَّمَنِ الأَوَّل أَو بِعتُك مُرَابَحَةً عَلى الثَّمَنِ الأَوَّل إذَا كَانَ ذَلكَ مَعلُومًا فَلا بُدَّ مِن البِنَاءِ عَلى الأَوَّل وَذَلكَ بِالحَطِّ، غَيرَ أَنَّهُ يُحَطُّ فِي التَّولِيَةِ قَدرُ الخِيَانَةِ مِن رَأسِ المَال وَفِي المُرَابَحَةِ مِنهُ وَمِن الرِّبحِ، وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لو لم يَحُطَّ فِي التَّولِيَةِ لا تَبقَى تَولِيَةً؛ لأَنَّهُ يَزِيدُ عَلى الثَّمَنِ الأَوَّل فَيَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَتَعَيَّنَ الحَطُّ وَفِي المُرَابَحَةِ لو لم يُحَطَّ تَبقَى مُرَابَحَةً وَإِن كَانَ يَتَفَاوَتُ الرِّبحُ فَلا يَتَغَيَّرُ التَّصَرُّفُ فَأَمكَنَ القَولُ بِالتَّخيِيرِ، فَلو هَلَكَ قَبل أَن يَرُدَّهُ أَو حَدَثَ فِيهِ مَا يَمنَعُ الفَسخَ يَلزَمُهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ فِي الرِّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ؛ لأَنَّهُ مُجَرَّدُ خِيَارٍ لا يُقَابِلُهُ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ كَخِيَارِ الرُّؤيَةِ وَالشَّرطِ، بِخِلافِ خِيَارِ العَيبِ؛ لأَنَّهُ المُطَالبَةُ بِتَسليمِ الفَائِتِ فَيَسقُطُ مَا يُقَابِلُهُ عِندَ عَجزِهِ.

الشرح:

فَإِنْ اطَّلَعَ المُشْتَرِي عَلَى خِيَانَةٍ فِي المُرَابَحَةِ) إمَّا بِالبَيِّنَةِ أَوْ بِإِقْرَارِ البَائِعِ أَوْ بِنُكُولِهِ عَنْ اليَمِينِ (فَهُوَ بِالخِيَارِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ، وَإِنْ اطَّلَعَ عَلَى خِيَانَةٍ فِي التَّوْلِيَةِ أَسْقَطَهَا مِنْ الثَّمَنِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُحَطُّ فِيهِمَا) أَيْ فِي المُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُخَيَّرُ فِيهِمَا) لِمُحَمَّدٍ أَنَّ الاعْتِبَارَ لِلتَّسْمِيَةِ لأَنَّ الثَّمَنَ

يَجبُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا وَلا يُعْلَمُ لا بِالتَّسْمِيَةِ.

وَإِذَا كَانَ الاعْتِبَارُ لَهَا يَتَعَلَقُ العَقْدُ بِالْمُسَمَّى (وَالتَّوْلِيَةُ وَالْمُرَابَحَةُ تَرْغِيبٌ وَتَرْوِيجٌ فَيَكُونُ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ كَوَصْفِ السَّلامَةِ) وَفَوَاتُهُ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ (وَلأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الأَصْلَ فِي هَذَا العَقْدِ كَوْنُهُ مُرَابَحَةً وَتَوْلِيَةً) لا التَّسْمِيَةَ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ وَلَّيْتُك بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ أَوْ بِعْتُك مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّلِ وَالحَالُ أَنَّهُ مَعْلُومٌ وَاقْتَصَرَ عَلَى التَّسْمِيَةِ صَحَّ العَقْدُ، وَالتَّسْمِيَةُ كَالتَّفْسِيرِ فَإِذَا ظَهَرَتْ الخِيَانَةُ بَطَلَتْ صَلاحِيَّتُهَا لِذَلِكَ فَبَقِيَ ذِكْرُ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ فَلا بُدَّ مِنْ بِنَاءِ العَقْدِ الثَّانِي عَلَى الأَوَّلِ فَيُحَطُّ الخِيَانَةُ فِي الفَصْلَيْنِ جَمِيعًا، غَيْرَ أَنَّهُ يُحَطُّ فِي التَّوْلِيَةِ قَدْرُ الخِيَانَةِ مِنْ رَأْسِ المَالِ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَفِي الْمُرَابَحَةِ مِنْ رَأْسِ المَالِ وَالرِّبْحِ جَمِيعًا.

كَمَا إذَا **اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ عَلَى رِبْحِ خَمْسَةٍ ثُمَّ ظَهَرَ الثَّمَنُ الأَوَّلُ ثَمَانِيَةً** يَحُطُّ قَدْرَ الخِيَانَةِ مِنْ الأَصْلِ وَهُوَ دِرْهَمَانِ، وَيَحُطُّ مِنْ الرِّبْحِ دِرْهَمًا فَيَأْخُذُ الثَّوْبَ بِاثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا (وَلأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحَطَّ فِي التَّوْلِيَةِ لا تَبْقَى تَوْلِيَةٌ) لأَنَّهَا تَكُونُ بِالثَّمَنِ الأَوَّلِ وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ، لَكِنْ لا يَجُوزُ أَنْ لا تَبْقَى تَوْلِيَةٌ لِئَلا يَتَغَيَّرَ التَّصَرُّفُ فَيَتَعَيَّنُ الحَطُّ، وَفِي الْمُرَابَحَةِ لَوْ لَمْ يُحَطَّ تَبْقَى مُرَابَحَةً كَمَا كَانَتْ مِنْ غَيْرِ تَغَيُّرِ الصَّرْفِ لَكِنْ يَتَفَاوَتُ الرِّبْحُ فَيَتَخَيَّرُ بِذَلِكَ لِفَوَاتِ الرِّضَا، فَلَوْ **هَلَكَ المَبِيعُ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ أَوْ حَدَثَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ الفَسْخَ فِي بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ**، فَمَنْ قَالَ بِالحَطِّ كَانَ لَهُ الحَطُّ (وَمَنْ قَالَ بِالفَسْخِ لَزِمَهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ فِي الرِّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ لأَنَّهُ مُجَرَّدُ خِيَارٍ لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّؤْيَةِ) وَقَدْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِالهَلاكِ أَوْ غَيْرِهِ فَيَسْقُطُ خِيَارُهُ، بِخِلافِ خِيَارِ العَيْبِ حَيْثُ لا يَجِبُ كُلُّ الثَّمَنِ بَل يَنْقُصُ مِنْهُ مِقْدَارُ العَيْبِ لأَجْلِ العَيْبِ لأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لِلْمُشْتَرِي ثَمَّةَ الْمُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ الجُزْءِ الفَائِتِ فَسَقَطَ مَا يُقَابِلُهُ عِنْدَ العَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِهِ، وَقَيَّدَ بِالرِّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ احْتِرَازًا عَمَّا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الأُصُولِ أَنَّهُ يُفْسَخُ البَيْعُ عَلَى القِيمَةِ إنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنْ الثَّمَنِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ الْمُشْتَرِي.

قَالَ (وَمَنِ اشْتَرَى ثَوبًا فَبَاعَهُ بِرِبحٍ ثُمَّ اشتَرَاهُ، فَإِن بَاعَهُ مُرَابَحَةً طَرَحَ عَنهُ كُل رِبحٍ كَانَ قَبلَ ذَلِكَ، فَإِن كَانَ استَغرَقَ الثَّمَنَ لم يَبِعهُ مُرَابَحَةً، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالا: يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَنِ الأَخِيرِ). صُورَتُهُ: إذَا اشتَرَى ثَوبًا بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ

بِخَمسَةَ عَشَرَ ثُمَّ اشتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً بِخَمسَةٍ وَيَقُولُ قَامَ عَلَيَّ بِخَمسَةٍ، وَلَو اشتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ بِعِشرِينَ مُرَابَحَةً ثُمَّ اشتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ لا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً أَصلا، وَعِندَهُمَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى العَشَرَةِ فِي الفَصلَينِ، لَهُمَا أَنَّ العَقدَ الثَّانِيَ عَقدٌ مُتَجَدِّدٌ مُنقَطِعُ الأَحكَامِ عَنِ الأَوَّلِ فَيَجُوزُ بِنَاءُ المُرَابَحَةِ عَلَيهِ، كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ، وَلأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ شُبهَةَ حُصُولِ الرِّبحِ بِالعَقدِ الثَّانِي ثَابِتَةٌ؛ لأَنَّهُ يَتَأَكَّدُ بِهِ بَعدَمَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ بِالظُّهُورِ عَلَى عَيبِ الشُّبهَةِ كَالحَقِيقَةِ فِي بَيعِ المُرَابَحَةِ احتِيَاطًا وَلِهَذَا لَم تَجُز المُرَابَحَةُ فِيمَا أُخِذَ بِالصُّلحِ لِشُبهَةِ الحَطِيطَةِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ اشتَرَى خَمسَةً وَثَوبًا بِعَشَرَةٍ فَيُطرَحُ عَنهُ خَمسَةٌ، بِخِلافِ مَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ؛ لأَنَّ التَّأكِيدَ حَصَلَ بِغَيرِهِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَبَاعَهُ بِرِبْحٍ) الكَلامُ فِي وَضْعِ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَصُورَتِهَا ظَاهِرٌ وَإِنَّمَا الكَلامُ فِي دَلِيلِهَا (قَالا: العَقْدُ الثَّانِي عَقْدٌ مُتَجَدِّدٌ مُنْقَطِعُ الأَحْكَامِ عَنْ الأَوَّلِ) وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكُلُّ مَا هُوَ كَذَلِكَ يَجُوزُ بِنَاءُ المُرَابَحَةِ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا تَخَلَّلَ ثَالِثٌ بِأَنْ اشْتَرَى مِنْ مُشْتَرِي مُشْتَرِيهِ (وَقَال أَبُو حَنِيفَةَ شُبْهَةُ حُصُولِ الرِّبْحِ) الحَاصِلِ بِالعَقْدِ الأَوَّلِ ثَابِتَةٌ (بِالعَقْدِ الثَّانِي لأَنَّهُ كَانَ عَلَى شَرْطِ السُّقُوطِ) بِأَنْ يُرَدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ مِنْ المُشْتَرِي تَأَكَّدَ مَا كَانَ عَلَى شَرْطِ السُّقُوطِ.

وَلِلتَّأْكِيدِ فِي بَعْضِ المَوَاضِعِ حُكْمُ الإِيجَابِ كَمَا لَوْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ثُمَّ رَجَعُوا ضَمِنُوا نِصْفَ المَهْرِ لِتَأَكُّدِ مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ، وَإِذَا كَانَتْ شُبْهَةُ الحُصُولِ ثَابِتَةً صَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى بِالعَقْدِ الثَّانِي ثَوْبًا وَخَمْسَةَ دَرَاهِمَ بِعَشَرَةٍ، فَالخَمْسَةُ بِإِزَاءِ الخَمْسَةِ وَالثَّوْبُ بِخَمْسَةٍ فَيَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى خَمْسَةٍ احْتِرَازًا عَنْ شُبْهَةِ الخِيَانَةِ فَإِنَّهَا كَحَقِيقَتِهَا احْتِيَاطًا فِي بَيْعِ المُرَابَحَةِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى آخَرَ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ فَصَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى ثَوْبٍ لا يَبِيعُ الثَّوْبَ مُرَابَحَةً عَلَى العَشَرَةِ لأَنَّ الصُّلْحَ مَبْنَاهُ عَلَى التَّجَوُّزِ وَالحَطِيطَةِ.

وَلَوْ وُجِدَ الحَطُّ حَقِيقَةً مَا جَازَ البَيْعُ مُرَابَحَةً، فَكَذَا إِذَا تَمَكَّنَتْ الشُّبْهَةُ. وَعُورِضَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ مَا جَازَ الشِّرَاءُ بِعَشَرَةٍ فِيمَا إِذَا بَاعَهُ بِعِشْرِينَ لأَنَّهُ يَصِيرُ فِي الشِّرَاءِ الثَّانِي كَأَنَّهُ اشْتَرَى ثَوْبًا وَعَشَرَةً بِعَشَرَةٍ فَكَانَ فِيهِ شُبْهَةُ الرِّبَا وَهُوَ حُصُولُ الثَّوْبِ بِلا عِوَضٍ.

وأُجيبَ بأنَّ التَّأكيدَ لهُ شُبْهَةُ الإيجَاب في حَقِّ العبَاد احْترَازًا عَنْ الخيَانَة عَلى مَا ذكَرْنَا لا في حَقِّ الشَّرْع، وَشَرْعيَّتُهُ جوَازُ المُرابَحَة لمَعْنًى رَاجع إلى العبَاد فيُؤَثِّرُ التَّأْكيدُ في المُرَابَحَة. وأمَّا جوَازُ البَيْع وَعَدَمُهُ في شُبْهَة الرِّبَا فَحَقُّ الشَّرْع فَلا يَكُونُ للتَّأْكيد فيه شُبْهَةُ الإيجَاب، كَذَا نُقل منْ فَوَائد العَلامَة حُمَيْد الدِّين، بخلاف مَا إذَا تَخَلل ثَالثٌ لأَنَّ التَّأْكيدَ حَصَلَ بغَيْره وَلَمْ يُسْتَفَدْ ربْحُ الأوَّل بالشِّرَاء الثَّاني فَانْتَفَتْ الشُّبْهَةُ.

قال (وإذَا اشترَى العبدُ المَأذُونُ لهُ فِي التِّجَارَةِ ثوبًا بعشرَةٍ وعَليهِ دينٌ يُحيطُ برقَبتِهِ فباعَهُ مِن المَولى بخَمسةَ عشَرَ فإنَّهُ يبِيعُهُ مُرابَحةً على عشرَةٍ، وكذَلكَ إن كَانَ المَولى اشترَاهُ فبَاعَهُ مِن العَبدِ) لأنَّ فِي هَذا العَقدِ شبهةَ العدَمِ بجَوَازِهِ مَعَ المُنَافِي فاعتُبِرَ عدَمًا فِي حُكمِ المُرابَحةِ وبَقِيَ الاعتِبَارُ للأوَّل فيَصِيرُ كأنَّ العَبدَ اشترَاهُ للمَولى بعشرَةٍ فِي الفَصل الأوَّل، وكَأنَّهُ يَبِيعُهُ للمَولى فِي الفَصل الثَّانِي فيُعتَبَرُ الثَّمَنُ الأوَّلُ.

الشرح:

قَال (وإذَا اشتَرَى العَبْدُ المَأْذُونُ) وَإذَا اشْترَى **العَبْدُ المَأْذُونُ (لهُ في التِّجَارَة ثَوْبًا بعَشرَة)** وَالحَالُ **أَنَّهُ مَدْيُونٌ بدَيْنٍ يُحيطُ برقَبَته فَبَاعَهُ منْ المَوْلى بخَمْسَةَ عَشَرَ** فَإنَّ المَوْلى يَبيعُهُ مُرَابَحَةً عَلى عَشَرَة (وَكَذَا إنْ كَانَ المَوْلى اشْتَرَاهُ وَبَاعَهُ منْ العَبْد لأَنَّ في هَذَا العَقْد) أيْ بَيْع العَبْد منْ المَوْلى وَعَكْسه شُبْهَةُ العَدَم لجَوَازه مَعَ المُنَافي وَهُوَ تَعَلُّقُ حَقِّ المَوْلى بمَال العَبْد، وَقَبْل كَوْن العَبْد ملكًا للمَوْلى وَلهَذَا كَانَ لهُ أَنْ يَقْضيَ الدَّيْنَ وَيَتَفرَّدَ بكَسْب عَبْده فَصَارَ كَالبَائع منْ نَفْسه فَاعْتُبرَ عَدَمًا في حُكْم المُرَابَحَة لوُجُوب الاحْترَاز فيهَا عَنْ شُبْهَة الخيَانة، وَإذَا عُدمَ البَيْعُ الثَّاني لا يَبيعُهُ مُرَابَحَةً عَلى الثَّمَن المَذْكُور فيه وَإنَّمَا يَبيعُهُ عَلى الثَّمَن المَذْكُور في الأوَّل، وَإنَّمَا قَيَّدَ بالدَّيْن المُحيط برقَبَته، لأَنَّهُ لوْ لمْ يَكُنْ عَلى العَبْد دَيْنٌ فَبَاعَ منْ مَوْلاهُ شَيْئًا لمْ يَصحَّ لأَنَّهُ لا يُفيدُ للمَوْلى شَيْئًا لمْ يَكُنْ لهُ قَبْل البَيْع لا ملكَ الرَّقَبَة وَلا ملكَ التَّصرُّف، هَكَذَا قَيَّدَ مُحَمَّدٌ رَحمَهُ اللهُ في الأَصْل، وَكَذَا فَخْرُ الإسْلام وَالصَّدْرُ الشَّهيدُ وَقَاضي خَانْ، وَلمْ يُقَيِّدْهُ الطَّحَاويُّ وَالعَتَّابيُّ، وَالحَقُّ قَيَّدَهُ لمَا ذَكَرْنَا.

قال (وإذا كَانَ مَعَ المُضَارِبِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ بِالنِّصفِ فَاشتَرَى ثَوبًا بِعَشَرَةٍ وبَاعَهُ مِن رَبِّ المَالِ بخَمسَةَ عشَرَ فَإنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً بِاثنَي عَشَرَ وَنِصفٍ) لأنَّ هَذا البَيعَ وَإن قُضِيَ

بِجَوَازِهِ عِندَنَا عِندَ عَدَمِ الرِّبحِ خِلافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ مَعَ أَنَّهُ اشتَرَى مَالَهُ بِمَالِهِ لِمَا فِيهِ مِن استِفَادَةِ وِلايَةِ التَّصَرُّفِ وَهُوَ مَقصُودٌ وَالانعِقَادُ يَتبَعُ الفَائِدَةَ فَفِيهِ شُبهَةُ العَدَمِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ وَكِيلٌ عَنهُ فِي البَيعِ الأَوَّلِ مِن وَجهٍ فَاعتُبِرَ البَيعُ الثَّانِي عَدَمًا فِي حَقِّ نِصفِ الرِّبحِ.

الشرح:

قَال (وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ) إِذَا **كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ** (**فَاشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِخَمْسَةَ عَشَرَ** فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً بِاثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ) لِأَنَّ مَبْنَى هَذَا الْبَيْعِ عَلَى الاحْتِرَازِ عَنْ الْخِيَانَةِ وَشَبَهِهَا وَفِي بَيْعِهِ مُرَابَحَةً عَلَى خَمْسَةَ عَشَرَ شُبْهَةُ خِيَانَةٍ (لِأَنَّ هَذَا الْبَيْعَ) أَيْ بَيْعَ الثَّوْبِ مِنْ رَبِّ الْمَالِ وَإِنْ حُكِمَ بِجَوَازِهِ عِنْدَنَا عِنْدَ عَدَمِ الرِّبْحِ خِلافًا لِزُفَرَ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ. وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ الْبَيْعَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، وَهُوَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِمَالِ غَيْرِهِ لا بِمَالِ نَفْسِهِ فَلا يَكُونُ الْبَيْعُ مَوْجُودًا وَوَجْهُ الْجَوَازِ عِنْدَنَا اشْتِمَالُهُ عَلَى الْفَائِدَةِ فَإِنَّ فِيهِ اسْتِفَادَةَ وِلايَةِ التَّصَرُّفِ لِأَنَّ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْمُضَارِبِ انْقَطَعَتْ وِلايَةُ رَبِّ الْمَالِ عَنْ مَالِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ، فَبِالشِّرَاءِ مِنْ الْمُضَارِبِ يَحْصُلُ لَهُ وِلايَةُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ مَقْصُودٌ.

وَإِذَا كَانَ مُشْتَمِلا عَلَى الْفَائِدَةِ يَنْعَقِدُ لِأَنَّ الانْعِقَادَ يَتْبَعُ الْفَائِدَةَ، أَلا تَرَى أَنَّهُ إِذَا **جَمَعَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَعَبْدِ غَيْرِهِ فَاشْتَرَاهُمَا صَفْقَةً وَاحِدَةً** جَازَ الْبَيْعُ فِيهِمَا وَدَخَلَ عَبْدُهُ فِي عَقْدِهِ لِفَائِدَةِ انْقِسَامِ الثَّمَنِ، وَأَمَّا أَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ الْعَدَمِ فَلِمَا ذَكَرْنَا مِنْ تَعْلِيلِ زُفَرَ، وَقَدْ اسْتَوْضَحَهُ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ: أَلا تَرَى أَنَّهُ يَعْنِي الْمُضَارِبَ وَكِيلٌ عَنْ رَبِّ الْمَالِ فِي الْبَيْعِ الأَوَّلِ مِنْ وَجْهٍ، وَعَلَى هَذَا وَجَبَ أَنْ لا يَجُوزَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا كَمَا لا يَجُوزُ الْبَيْعُ بَيْنَ الْمُوَكِّلِ وَوَكِيلِهِ فِيمَا وَكَّلَهُ فِيهِ، وَإِذَا كَانَ فِيهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ كَانَ الْبَيْعُ الثَّانِي كَالْمَعْدُومِ فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقُّ رَبِّ الْمَالِ فَيُحَطُّ عَنْ الثَّمَنِ احْتِرَازًا عَنْ شُبْهَةِ الْخِيَانَةِ وَلا شُبْهَةَ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ وَهُوَ عَشَرَةٌ وَلا فِي نَصِيبِ الْمُضَارِبِ فَيَبِيعُ مُرَابَحَةً عَلَى ذَلِكَ.

قَالَ (وَمَنْ **اشْتَرَى جَارِيَةً فَاعْوَرَّتْ أَوْ وَطِئَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ** يَبِيعُهَا مُرَابَحَةً وَلا يُبَيِّنُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَحْتَبِسْ عِنْدَهُ شَيْئًا يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ؛ لِأَنَّ الأَوْصَافَ تَابِعَةٌ لا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، وَلِهَذَا لَوْ فَاتَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ.

وَكَذَا مَنَافِعُ البُضعِ لا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ، وَالمَسأَلَةُ فِيمَا إِذَا لَم يُنقِصهَا الوَطءُ، وَعَن

أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الفَصل الأَوَّل أَنَّهُ لا يَبِيعُ مِن غَيرِ بَيَانٍ، كَمَا إذَا احتَبَسَ بِفِعلهِ وَهُوَ قَولُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ (فَأَمَّا إذَا فَقَأَ عَينَهَا بِنَفسِهِ أَو فَقَأَهَا أَجنَبِيٌّ فَأَخَذَ أَرشَهَا لم يَبِعهَا مُرَابَحَةً حتَّى يُبَيِّنَ) لأَنَّهُ صَارَ مَقصُودًا بالإتلافِ فَيُقَابِلُهَا شَيءٌ مِن الثَّمَنِ، وَكَذَا إذَا وَطِئَهَا وَهِيَ بِكرٌ لأَنَّ العُذرَةَ جُزءٌ مِن العَينِ يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ وَقَد حَبَسَهَا.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً سَلِيمَةً فَاعْوَرَّتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي) بآفَة سَمَاوِيَّة أَوْ **بفعْل الجَارِيَة نَفْسِهَا** (أَوْ وَطِئَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ) وَلَمْ يَنْقُصْهَا الوَطْءُ (جَازَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ مُرَابَحَةً وَلا يَجِبُ عَلَيْه البَيَانُ) لعَدَمِ احْتبَاسِ مَا يُقَابلُهُ الثَّمَنُ لَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الأَوْصَافَ لا يُقَابلُهَا شَيْءٌ منْ الثَّمَنِ (قَوْلُهُ وَلهَذَا) تَوْضِيحٌ لقَوْله لأَنَّهُ لَمْ يَحْتَبِسْ عنْدَهُ شَيْءٌ يُقَابلُهُ الثَّمَنُ، وَلهَذَا لوْ فَاتَتْ العَيْنُ قَبْلَ التَّسْليمِ إلى الْمُشْتَرِي لا يَسْقُطُ شَيْءٌ منْ الثَّمَنِ، وَكَذَلكَ مَنَافعُ البُضْعِ إذَا لَمْ يَنْقُصْهَا الوَطْءُ لا يُقَابلُهَا شَيْءٌ منْ الثَّمَنِ. وَعُورِضَ بأَنَّ مَنَافعَ البُضْعِ بمَنْزِلة الجُزْءِ بدَليل أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إذَا وَطِئَهَا ثُمَّ وَجَدَ بِهَا عَيْبًا لَمْ يَتَمَكَّنْ منْ الرَّدِّ وَإنْ كَانَ ثَيِّبًا، وَمَا ذَلكَ إلا باعْتبَارِ أَنَّ الْمُسْتَوْفَى منْ الوَطْءِ بمَنْزِلة احْتبَاسِ جُزْءٍ منْ الْمَبِيعِ عنْدَ الْمُشْتَرِي. وَأُجِيبَ بأَنَّ عَدَمَ جَوَازِ الرَّدِّ باعْتبَارِ أَنَّهُ إنْ رَدَّهَا. فَإمَّا أَنْ يَرُدَّهَا، مَعَ العُقْرِ أَوْ بدُونه، لا سَبِيل إلى الأَوَّل لأَنَّ الفَسْخَ يَرِدُ عَلى مَا يَرِدُ عَلَيْه العَقْدُ وَالعَقْدُ لَمْ يَرِدْ عَلى الزِّيَادَة فَالفَسْخُ لا يَرِدُ عَلَيْهَا، وَلا إلى الثَّاني لأَنَّهَا تَعُودُ إلى قَديمِ ملك البَائعِ وَيُسَلَّمُ الوَطْءُ للمُشْتَرِي مَجَّانًا وَالوَطْءُ يَسْتَلزِمُ العُقْرَ عنْدَ سُقُوط العُقْرِ لا باعْتبَارِ احْتبَاسِ جُزْءٍ منْ الْمَبِيعِ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَبِيعُ فِي الفَصْل الأَوَّل) أَيْ فِي صُورَة الاعْورَارِ (منْ غَيْرِ بَيَانٍ) كَمَا إذَا احْتُبِسَ بفعْله وَهُوَ قَوْلُ الشَّافعِيِّ بنَاءً عَلى مَذْهَبه أَنَّ للأَوْصَاف حصَّةً منْ الثَّمَنِ منْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ مَا كَانَ التَّعَيُّبُ بآفَة سَمَاوِيَّة أَوْ بصُنْعِ العبَادِ (وَأَمَّا إذَا فَقَأَ عَيْنَهَا) رَاجعٌ إلى أَوَّل الْمَسْأَلة.

وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ قُلنَا: فَيَكُونُ جَوَابًا لقَوْل أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافعيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَعْنِي إذَا فَقَأَ الْمُشْتَرِي عَيْنَهَا (بنَفْسه أَوْ فَقَأَهَا أَجْنَبِيٌّ) سَوَاءٌ كَانَ بأَمْرِ الْمُشْتَرِي أَوْ بغَيْره وَجَبَ البَيَانُ عنْدَ البَيْعِ مُرَابَحَةً لأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بالإتْلاف، أَمَّا إذَا كَانَ بأَمْرِ الْمُشْتَرِي فَلأَنَّهُ كَفعْل الْمُشْتَرِي بنَفْسه، وَأَمَّا إذَا كَانَ بغَيْرِ أَمْره فَلأَنَّهُ جنَايَةٌ تُوجبُ ضَمَانَ النُّقْصَان

عَلَيْهِ فَيَكُونُ الْمُشْتَرِي حَابِسًا بَدَل جُزْءٍ مِنْ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَمْنَعُ الْمُرَابَحَةَ بِدُونِ الْبَيَانِ. وَعِبَارَةُ الْمُصَنِّفِ تَدُلُّ بِالتَّنْصِيصِ عَلَى أَخْذِ أَرْشِهَا وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي لَفْظِ مُحَمَّدٍ فِي أَصْلِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَقَال فِي النِّهَايَةِ: كَأَنَّ ذِكْرَ الأَرْشِ وَقَعَ اتِّفَاقًا، لأَنَّهُ لَمَّا فَقَأَ الأَجْنَبِيُّ وَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُ الأَرْشِ وَوُجُوبُ ضَمَانِ الأَرْشِ سَبَبٌ لأَخْذِ الأَرْشِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ، ثُمَّ قَال: وَالدَّلِيلُ عَلَى هَذَا إطْلاقُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لأَخْذِ الأَرْشِ، وَذَكَرَ نَقْل الْمَبْسُوطِ كَذَلِكَ (وَكَذَا إنْ وَطِئَهَا وَهِيَ بِكْرٌ) لا يَبِيعُهَا مُرَابَحَةً إلا بِالْبَيَانِ (لأَنَّ الْعُذْرَةَ جُزْءٌ مِنْ الْعَيْنِ يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ وَقَدْ حَبَسَهَا) فَلا بُدَّ مِنْ الْبَيَانِ.

(وَلو اشتَرَى ثَوبًا فَأَصَابَهُ قَرضُ فَأرٍ أَو حَرقُ نَارٍ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً مِن غَيرِ بَيَانٍ، وَلو تَكَسَّرَ بِنَشرِهِ وَطَيِّهِ لا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً حَتَّى يُبَيِّنَ) وَالمَعنَى مَا بَيَّنَّاهُ.

الشرح:

(وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَأَصَابَهُ قَرْضُ فَأْرٍ) بِالْقَافِ مِنْ قَرَضَ الثَّوْبَ بِالْمِقْرَاضِ: إذَا قَطَعَهُ، وَنَصَّ أَبُو الْيُسْرِ عَلَى أَنَّهُ بِالْفَاءِ (أَوْ حَرْقُ نَارٍ) جَازَ أَنْ (يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ) لأَنَّ الأَوْصَافَ تَابِعَةٌ لا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ (وَلَوْ تَكَسَّرَ) الثَّوْبُ (بِنَشْرِهِ وَطَيِّهِ لا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً) بِلا بَيَانٍ لأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالإِتْلافِ. وَقَوْلُهُ (وَالْمَعْنَى مَا بَيَّنَّاهُ) إشَارَةٌ إلَى هَذَيْنِ الدَّلِيلَيْنِ.

قَال (وَمَن اشتَرَى غُلامًا بِأَلفِ دِرهَمٍ نَسِيئَةً فَبَاعَهُ بِربحِ مِائَةٍ وَلَم يُبَيِّن فَعَلِمَ المُشتَرِي، فَإِن شَاءَ رَدَّهُ، وَإِن شَاءَ قَبِل)؛ لأَنَّ للأَجَل شَبَهًا بِالمَبِيعِ؛ أَلا يُرَى أَنَّهُ يُزَادُ فِي الثَّمَنِ لأَجل الأَجَل، وَالشُّبهَةُ فِي هَذَا مُلحَقَةٌ بِالحَقِيقَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشتَرَى شَيئَينِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً بِثَمَنِهِمَا، وَالإِقدَامُ عَلَى المُرَابَحَةِ يُوجِبُ السَّلامَةَ عَن مِثل هَذِهِ الخِيَانَةِ، فَإِذَا ظَهَرَت يُخَيَّرُ كَمَا فِي العَيبِ (وَإِن استَهلكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لزِمَهُ بِأَلفٍ وَمِائَةٍ)؛ لأَنَّ الأَجَل لا يُقَابِلُهُ شَيءٌ مِن الثَّمَنِ، قَال: (فَإِن كَانَ وَلاهُ إيَّاهُ وَلم يُبَيِّن رَدَّهُ إن) شَاءَ؛ لأَنَّ الخِيَانَةَ فِي التَّولِيَةِ مِثلُهَا فِي المُرَابَحَةِ؛ لأَنَّهُ بِنَاءً عَلَى الثَّمَنِ الأَوَّل (وَإِن كَانَ استَهلكَهُ ثُمَّ عَلِمَ لزِمَهُ بِأَلفٍ حَالَةٍ) لِمَا ذَكَرنَاهُ، وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَرُدُّ القِيمَةَ وَيَستَرِدُّ كُل الثَّمَنِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَا إذَا استَوفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الجِيَادِ وَعَلِمَ بَعدَ الاتِّفَاقِ، وَسَيَأتِيك مِن بَعدُ إن شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَقِيل يُقَوَّمُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَبِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَيَرجِعُ بِفَضل مَا بَينَهُمَا، وَلو لم يَكُن الأَجَلُ مَشرُوطًا فِي العَقدِ وَلَكِنَّهُ مُنَجَّمٌ مُعتَادٌ قِيل لا بُدَّ مِن بَيَانِهِ؛ لأَنَّ المَعرُوفَ

كَالمَشرُوطِ، وَقِيل يَبِيعُهُ وَلا يُبَيّنُهُ؛ لأنَّ الثَّمَنَ حَالٌ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى **غُلامًا بِأَلفِ دِرْهَمٍ نَسِيئَةً فَبَاعَهُ بِرِبْحِ مِائَةٍ وَلَمْ يُبَيِّنْ) ذَلكَ لِلمُشْتَرِي (فَعلِمَ المُشْتَرِي،** فَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ، وَإِنْ شَاءَ قَبل لأَنَّ للأَجَل شَبَهًا بِالمَبِيع) فَإِنَّهُ يُزَادُ فِي الثَّمَنِ لأَجْل الأَجَل، وَالشُّبْهَةُ فِي هَذَا البَابِ مُلحَقَةٌ بِالحَقِيقَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً بِثَمَنِهِمَا.

وَالمُرَابَحَةُ تُوجِبُ الاحْتِرَازَ عَنْ مِثْل هَذِهِ الخِيَانَةِ. وَنُوقِضَ بِأَنَّ الغُلامَ السَّلِيمَ الأَعْضَاءِ يُزَادُ فِي ثَمَنِهِ لأَجْل سَلامَةِ الأَعْضَاءِ بِالنِّسْبَةِ إلى غَيْرِ السَّلِيمِ، وَإِذَا فَاتَتْ سَلامَةُ الأَعْضَاءِ لَمْ يَجِبْ البَيَانُ على البَائِعِ كَمَا مَرَّ فِي مَسْأَلةِ اعْوِرَارِ العَيْنِ. وَأُجِيبَ أَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَاكَ لَيْسَتْ مَنْصُوصًا عَلَيْهَا لأَنَّهَا فِي مُقَابَلةِ السَّلامَةِ، وَمَا نَحْنُ فِيهِ هُوَ أَنْ يَقُول إنْ أَجَّلتنِي مُدَّةَ كَذَا فَثَمَنُهُ يَكُونُ كَذَا بِزِيَادَةِ مِقْدَارٍ فَتَثْبُتُ زِيَادَةُ الثَّمَنِ فِي الأَجَل بِالشَّرْطِ، وَلا يَثْبُتُ ذَلكَ فِي سَلامَةِ الأَعْضَاءِ، وَسَيُشِيرُ المُصَنِّفُ إلى هَذَا بِقَوْلهِ وَلوْ لَمْ يَكُنْ الأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ، وَإِنْ هَلكَ المَبِيعُ أَوْ اسْتَهْلكَهُ ثُمَّ عَلمَ لزِمَهُ بِأَلفٍ وَمِائَةٍ، لأَنَّ الأَجَل لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ: يَعْنِي فِي الحَقِيقَةِ، وَلكِنْ فِيهِ شُبْهَةُ المُقَابَلةِ، فَبِاعْتِبَارِ شُبْهَةِ الخِيَانَةِ كَانَ لهُ الفَسْخُ إنْ كَانَ المَبِيعُ قَائِمًا، فَإِمَّا أَنْ يَسْقُطَ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ بَعْدَ الهَلاكِ فَلا، وَإِلا لكَانَ مَا فَرَضْنَاهُ شُبْهَةً حَقِيقَةً وَذَلكَ خُلفٌ بَاطِلٌ.

قَال (وَإِنْ كَانَ وَلاهُ إيَّاهُ) يَعْنِي أَنَّ التَّوْليَةَ كَالمُرَابَحَةِ فِيمَا إذَا عَلمَ المُشْتَرِي أَنَّهُ كَانَ اشْتَرَاهُ بِأَجَلٍ وَبَاعَهُ إيَّاهُ مِنْ غَيْرِ بَيَانٍ فَكَانَ للمُشْتَرِي الخِيَارُ، لأَنَّ التَّوْليَةَ فِي وُجُوبِ الاحْتِرَازِ عَنْ شُبْهَةِ الخِيَانَةِ كَالمُرَابَحَةِ لكَوْنِهِ بِنَاءً عَلى الثَّمَنِ الأَوَّل بِلا زِيَادَةٍ وَلا نُقْصَانٍ (وَإِنْ) كَانَ (اسْتَهْلكَهُ ثُمَّ عَلمَ) بِالخِيَانَةِ (لزِمَهُ بِأَلفٍ حَالةً لمَا ذَكَرْنَا) أَنَّ الأَجَل لا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ حَقِيقَةً (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرُدُّ القِيمَةَ وَيَسْتَرِدُّ كُل الثَّمَنِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَا إذَا اسْتَوْفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الجِيَادِ وَعَلمَ بَعْدَ الاتِّفَاقِ وَسَيَأْتِيك مِنْ بَعْدُ فِي مَسَائِل) مَنْثُورَةٍ قُبَيْل كِتَابِ الصَّرْفِ.

وَقَال الفَقِيهُ أَبُو الليْثِ: رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَال: للمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ قِيمَتَهُ وَيَسْتَرِدَّ الثَّمَنَ لأَنَّ القِيمَةَ قَامَتْ مَقَامَهُ، وَهَذَا عَلى أَصْلهِ فِي التَّحَالُفِ مُسْتَقِيمٌ، فَإِنَّهُ أَقَامَ

القِيمَةَ مَقَامَهُ، وَقِيل هُوَ قَوْلُ أَبِي جَعْفَرِ البَلْخِيّ (يُقَوَّمُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَبِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ، فَيَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَهُمَا، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ الأَجَلُ مَشْرُوطًا فِي العَقْدِ لكِنَّهُ مُنَجَّمٌ) مُعْتَادٌ كَعَادَةِ بَعْضِ البِلادِ يَشْتَرُونَ بِنَقْدٍ وَيُسَلِّمُونَ الثَّمَنَ بَعْدَ شَهْرٍ إِمَّا جُمْلَةً أَوْ مُنَجَّمًا، قِيل لا بُدَّ مِنْ بَيَانِه لأَنَّ المَعْرُوفَ كَالمَشْرُوطِ، وَقِيل لا يَجِبُ بَيَانُهُ لأَنَّ الثَّمَنَ حَالٌّ.

قَال (وَمَن وَلى رَجُلا شَيئًا بِمَا قَامَ عَليهِ وَلم يَعلم المُشتَرِي بِكَم قَامَ عَليهِ فَالبَيعُ فَاسِدٌ) لجَهَالَةِ الثَّمَنِ (فَإِن أَعلمَهُ البَائِعُ، يَعنِي فِي المَجلسِ فَهُوَ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أَخَذَهُ وَإن شَاءَ تَرَكَهُ) لأَنَّ الفَسَادَ لم يَتَقَرَّر، فَإِذَا حَصَل العِلمُ فِي المَجلسِ جُعِل كَابتِدَاءِ العَقدِ وَصَارَ كَتَأخِيرِ القَبُول إلى آخرِ المَجلسِ وَبَعدَ الافتِرَاقِ قَد تَقَرَّرَ فَلا يُقبَلُ الإِصلاحُ، وَنَظِيرُهُ بَيعُ الشَّيءِ بِرَقمِهِ إذَا عَلمَ فِي المَجلسِ، وَإِنَّمَا يَتَخَيَّرُ؛ لأَنَّ الرِّضَا لم يَتِمَّ قَبلهُ لعَدَمِ العِلمِ فَيَتَخَيَّرُ كَمَا فِي خِيَارِ الرُّؤيَةِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ وَلى رَجُلا شَيْئًا بِمَا قَامَ عَلَيْهِ إلخْ) إذَا قَال **وَلَّيْتُك هَذَا بِمَا قَامَ عَليَّ يُرِيدُ بِه مَا اشْتَرَاهُ بِه مَعَ مَا لحِقَهُ مِنْ المُؤَن كَالصَّبْغِ وَالفَتْل وَغَيْرِ ذَلكَ وَلمْ يَعْلمْ المُشْتَرِي بِكَمْ قَامَ عَلَيْهِ** (فَالبَيْعُ فَاسِدٌ لجَهَالة الثَّمَنِ، فَإِنْ أَعْلمَهُ البَائِعُ فِي المَجْلسِ) صَحَّ البَيْعُ وَيُخَيَّرُ المُشْتَرِي (إنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ) أَمَّا الصِّحَّةُ فَلأَنَّ الفَسَادَ لمْ يَتَقَرَّرْ بَعْدُ فَكَانَ فَسَادًا يَحْتَمِلُ الصِّحَّةَ، فَإِذَا حَصَل العِلمُ فِي المَجْلسِ جُعِل كَابْتِدَاءِ العَقْدِ لأَنَّ سَاعَاتِ المَجْلسِ كَسَاعَةٍ وَاحِدَةٍ، وَصَارَ كَتَأْخِيرِ القَبُول إلى آخرِ المَجْلسِ وَبَعْدَ الافْتِرَاقِ تَقَرَّرَ.

وَالفَسَادُ المُتَقَرِّرُ لا يَقْبَلُ الإِصْلاحَ، وَنَظِيرُهُ البَيْعُ بِالرَّقْمِ فِي صِحَّتِه بِالبَيَان فِي المَجْلسِ وَتَقَرَّرَ فَسَادُهُ بِعَدَمِه فِيه. وَأَمَّا خِيَارُ المُشْتَرِي فَللخَلل فِي الرِّضَا لأَنَّهُ لا يَتَحَقَّقُ قَبْل مَعْرِفَة مِقْدَارِ الثَّمَنِ كَمَا لا يَتَحَقَّقُ قَبْل الرُّؤْيَة للجَهْل بِالصِّفَاتِ فَكَانَ فِي مَعْنَى خِيَارِ الرُّؤْيَة فَأُلحِقَ بِه.

فَصلٌ

وَمَن اشتَرَى شَيئًا مِمَّا يُنقَلُ وَيُحَوَّلُ لم يَجُز لهُ بَيعُهُ حَتَّى يَقبِضَهُ، لأَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن بَيعِ مَا لم يُقبَض[1] وَلأَنَّ فِيهِ غَرَرَ انفِسَاخِ العَقدِ عَلى اعتِبَارِ الهَلاكِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٩٩)، وأحمد (٥/ ١٩١)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٠).

الشرح:

(فَصلٌ): وَجْهُ إيرَادِ الفَصْلِ ظَاهِرٌ لأَنَّ المَسَائِلَ المَذْكُورَةَ فيه لَيْسَتْ مِنْ بَابِ المُرَابَحَة. وَوَجْهُ ذِكْرِهَا فِي بَابِ المُرَابَحَة الاسْتِطْرَادُ باعْتِبَارِ تَقَيُّدِهَا بِقَيْدٍ زَائِدٍ عَلَى البَيْعِ المُجَرَّدِ عَنْ الأَوْصَافِ كَالمُرَابَحَة وَالتَّوْلِيَة. قَال (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا مِمَّا يُنْقَلُ) نَقْلا حِسِّيًّا (وَ) هُوَ المُرَادُ بِقَوْلِه (يُحَوَّلُ) فَسَّرَهُ بِذَلِكَ لِئَلا يُتَوَهَّمَ أَنَّهُ احْتِرَازٌ عَنْ المُدَبَّرِ (لَمْ يَجُزْ لهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ لأَنَّهُ ﷺ (نَهَى عَنْ **بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ**) وَهُوَ بِإِطْلاقِه حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي تَخْصِيصِ ذَلِكَ بِالطَّعَامِ وَلا تَمَسُّكَ لهُ بِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ ﷺ قَال «**إِنْ اشْتَرَى أَحَدُكُمْ طَعَامًا فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ**» وَفِي رِوَايَةٍ «**حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ**» فَإِنَّ تَخْصِيصَ الطَّعَامِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الحُكْمَ فِيمَا عَدَاهُ بِخِلافِه، لأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَال: وَأَحْسُبُ كُل شَيْءٍ مِثْلَ الطَّعَامِ. وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ التَّخْصِيصَ لَمْ يَكُنْ مُرَادًا وَكَانَ ذَلِكَ مَعْرُوفًا بَيْنَ الصَّحَابَة.

حَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ الآثَارِ مُسْنَدًا إِلى ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَال: ابْتَعْت زَيْتًا فِي السُّوق، فَلمَّا اسْتَوْفَيْته لقِيَنِي رَجُلٌ فَأَعْطَانِي بِه رِبْحًا حَسَنًا، فَأَرَدْت أَنْ أَضْرِبَ عَلَى يَدِه، فَأَخَذَ رَجُلٌ مِنْ خَلفِي بِذِرَاعِي، فَالتَفَتُّ فَإِذَا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ فَقَال: لا تَبِعْهُ حَيْثُ ابْتَعْته حَتَّى تَحُوزَهُ إِلى رَحْلك، فَإِنَّ «رَسُول اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ ابْتِيَاعِ السِّلَعِ حَيْثُ تُبْتَاعُ حَتَّى تَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلى رِحَالهِمْ» وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالبَيْعِ وَلمْ يَقُل لمْ يَجُزْ لهُ التَّصَرُّفُ لِيَقَعَ عَلَى الاتِّفَاق، فَإِنَّ الهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ جَائِزَةٌ عِنْدَ مُحَمَّد، وَإِنْ كَانَ قَبْل القَبْضِ قَال كُلُّ تَصَرُّفٍ لا يَتِمُّ إِلا بِالقَبْضِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ فِي المَبِيعِ قَبْل القَبْضِ إِذَا سَلطَهُ عَلَى قَبْضِه فَقَبَضَهُ، لأَنَّ تَمَامَ هَذَا العَقْدِ لا يَكُونُ إِلا بِالقَبْضِ وَالمَانِعُ زَائِلٌ عِنْدَ ذَلكَ.

بِخِلافِ البَيْعِ وَالإِجَارَةِ فَإِنَّهُ يَلزَمُ بِنَفْسِه. وَالجَوَابُ أَنَّ البَيْعَ أَسْرَعُ نَفَاذًا مِنْ الهِبَةِ بِدَليل أَنَّ الشُّيُوعَ فِيمَا يَحْتَملُ القِسْمَةَ يَمْنَعُ تَمَامَ الهِبَةِ دُونَ البَيْعِ، ثُمَّ البَيْعُ فِي المَبِيعِ قَبْل القَبْضِ لا يَجُوزُ لأَنَّهُ تَمْليكُ العَيْنِ مَا مَلكَهُ فِي حَال قِيَامِ الغَرَرِ فِي مِلكِه فَالهِبَةُ أَوْلى (قَوْلُهُ وَلأَنَّ فِيه غَرَرَ انْفِسَاخِ العَقْدِ) اسْتِدْلالٌ بِالمَعْقُول، وَتَقْرِيرُهُ: فِي البَيْعِ قَبْل القَبْضِ غَرَرُ انْفِسَاخِ العَقْدِ الأَوَّل عَلَى تَقْدِيرِ هَلاكِ المَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ، وَالغَرَرُ غَيْرُ جَائِزٍ «لأَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ».

وَالغَرَرُ: مَا طُوِيَ عَنْك عِلمُهُ وَقَدْ تَقَدَّمَ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ غَرَرَ الانْفِسَاخِ بَعْدَ

القَبْضِ أَيْضًا مُتَوَهَّمٌ عَلَى تَقْدِيرِ ظُهُورِ الاسْتِحْقَاقِ وَلَيْسَ بِمَانِعٍ. وَلا يُدْفَعُ بِأَنَّ عَدَمَ ظُهُورِ الاسْتِحْقَاقِ أَصْلٌ لأَنَّ عَدَمَ الهَلاكِ كَذَلِكَ فَاسْتَوَيَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ جَوَازِهِ قَبْلَ القَبْضِ ثَبَتَ بِالنَّصِّ عَلَى خِلافِ القِيَاسِ لِثُبُوتِ المِلكِ المُطْلَقِ لِلتَّصَرُّفِ المُطْلَقِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ وَلَيْسَ مَا بَعْدَ القَبْضِ فِي مَعْنَاهُ لأَنَّ فِيهِ غَرَرَ الانْفِسَاخِ بِالهَلاكِ وَالاسْتِحْقَاقِ، وَفِيمَا بَعْدَ القَبْضِ غَرَرُهُ بِالاسْتِحْقَاقِ خَاصَّةً فَلَمْ يُلحَقْ بِهِ.

(وَيَجُوزُ بَيعُ العَقَارِ قَبلَ القَبضِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ) رُجُوعًا إلى إطلاقِ الحَدِيثِ وَاعتِبَارًا بِالمَنقُولِ وَصَارَ كَالإِجَارَةِ، وَلَهُمَا أَنَّ رُكنَ البَيعِ صَدَرَ مِن أَهلِهِ فِي مَحلِهِ، وَلا غَرَرَ فِيهِ؛ لأَنَّ الهَلاكَ فِي العَقَارِ نَادِرٌ، بِخِلافِ المَنقُولِ، وَالغَرَرَ المَنهِيُّ عَنهُ غَرَرُ انفِسَاخِ العَقدِ، وَالحَدِيثُ مَعلُولٌ بِهِ عَمَلا بِدَلائِلِ الجَوَازِ وَالإِجَارَةِ، قِيلَ عَلَى هَذَا الخِلافِ؛ وَلَو سُلِّمَ فَالمَعقُودُ عَلَيهِ فِي الإِجَارَةِ المَنَافِعُ وَهَلاكُهَا غَيرُ نَادِرٍ.

الشرح:

وَيَجُوزُ **بَيْعُ العَقَارِ قَبْلَ القَبْضِ** عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَجُوزُ رُجُوعًا إلى إطْلاقِ الحَدِيثِ وَاعْتِبَارًا بِالمَنْقُولِ بِجَامِعِ عَدَمِ القَبْضِ فِيهِمَا وَصَارَ كَالإِجَارَةِ فَإِنَّهَا فِي العَقَارِ لا تَجُوزُ قَبْلَ القَبْضِ وَالجَامِعُ اشْتِمَالُهُمَا عَلَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَإِنَّ المَقْصُودَ مِنْ البَيْعِ الرِّبْحُ وَرِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ مَنْهِيٌّ عَنْهُ شَرْعًا، وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي الفَسَادَ فَيَكُونُ البَيْعُ فَاسِدًا قَبْلَ القَبْضِ لأَنَّهُ لَمْ يَدْخُل فِي ضَمَانِهِ كَمَا فِي الإِجَارَةِ وَلَهُمَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ) لِكَوْنِهِ بَالِغًا عَاقِلا غَيْرَ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ (فِي مَحَلِهِ) لأَنَّهُ مَحَلٌّ مَمْلُوكٌ لَهُ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي الجَوَازَ، وَالمَانِعُ وَهُوَ الغَرَرُ مَعْدُومٌ فِيهِ لأَنَّهُ بِاعْتِبَارِ الهَلاكِ وَهُوَ فِي العَقَارِ نَادِرٌ فِيهِ فَصَحَّ العَقْدُ لِوُجُودِ المُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ المَانِعِ، بِخِلافِ المَنْقُولِ فَإِنَّ المَانِعَ فِيهِ مَوْجُودٌ، وَمَنْعُ انْتِفَاءِ المَانِعِ فِي العَقَارِ فَإِنَّهُ غَرَرُ الانْفِسَاخِ، وَقَدْ يُوجَدُ بِالرَّدِّ بِالعَيْبِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّهُ لا يَصِحُّ لأَنَّهُ إذَا جَازَ البَيْعُ فِيهِ قَبْلَ القَبْضِ صَارَ مِلكًا لِلمُشْتَرِي، وَحِينَئِذٍ لا يَمْلِكُ المُشْتَرِي الأَوَّلُ الرَّدَّ، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ إنْ رُدَّ عَلَيْهِ بِقَضَاءِ القَاضِي عَادَ لَهُ الرَّدُّ. وَالأَوْلَى أَنْ يُقَالَ: كَلامُنَا فِي غَرَرِ الانْفِسَاخِ وَمَا ذَكَرْتُمْ غَرَرُ الفَسْخِ، وَإِذَا كَانَ

الهَلاكُ فِي العَقَارِ نَادِرًا كَانَ غَرَرُ انْفِسَاخِ العَقْدِ المَنْهِيِّ عَنْهُ مُنْتَفِيًا. وَالحَدِيثُ مَعْلُولٌ بِه فَلَمْ يَدْخُل فِيهِ العَقَارُ فَجَازَ بَيْعُهُ قَبْلَ القَبْضِ عَمَلا بِدَلِيل الجَوَازِ مِنْ الكِتَابِ وَالسُّنَّة وَالإِجْمَاعِ، وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ فِي مَوْضِعِ النَّصِّ وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ» وَهُوَ عَامٌّ.

وَالتَّعْلِيلُ فِي مَوْضِعِ النَّصِّ غَيْرُ مَقْبُولٍ. وَأُجِيبَ أَنَّهُ عَامٌّ دَخَلَهُ الخُصُوصُ لإِجْمَاعِنَا عَلَى جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِي الثَّمَنِ وَالصَّدَاقِ قَبْلَ القَبْضِ، وَمِثْلُ هَذَا العَامِّ يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِالقِيَاسِ فَنَحْمِلُهُ عَلَى المَنْقُولِ، كَذَا فِي المَبْسُوطِ، وَفِيهِ بَحْثٌ لأَنَّ المُرَادَ بِالحَدِيثِ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ مَبِيعٍ لَمْ يُقْبَضْ بِدَلِيل حَدِيث حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ «**إِذَا ابْتَعْت شَيْئًا فَلا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَ**» سَلمْنَا أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ مِنْ ملكه الذي ثَبَتَ بِسَبَبٍ مِنْ الأَسْبَابِ، لكِنَّ الإِجْمَاعَ لا يَصْلُحُ تَخْصِيصًا، سَلمْنَا صَلاحِيَّتَهُ لِذَلِكَ، لكِنَّ التَّخْصِيصَ لِبَيَانِ أَنَّهُ لَمْ يَدْخُل فِي العَامِّ بَعْدَ احْتِمَاله تَنَاوُلَهُ، وَإِذَا كَانَ الحَدِيثُ مَعْلُولا بِغَرَرِ الانْفِسَاخِ لا يَحْتَمِلُ تَنَاوُل مَا لَيْسَ فِيهِ ذَلِكَ، إِذْ الشَّيْءُ لا يَحْتَمِلُ تَنَاوُل مَا يُنَافِيه تَنَاوُلا فَرْدِيًّا وَاعْلَمْ أَنِّي أَذْكُرُ لك مَا سَنَحَ لِي فِي هَذَا المَوْضِعِ بِتَوْفِيقِ اللهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهٍ يَنْدَفِعُ بِه جَمِيعُ ذَلكَ وَهُوَ أَنْ يُقَال: الأَصْلُ أَنْ يَكُونَ بَيْعُ المَنْقُولِ وَغَيْرِ المَنْقُول قَبْل القَبْضِ جَائِزًا لِعُمُومِ قَوْله تَعَالَى ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ لكِنَّهُ خَصَّ مِنْهُ الرِّبَا بِدَلِيلٍ مُسْتَقِلٍّ مُقَارِنٍ وَهُوَ قَوْله تَعَالَى ﴿ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ وَالعَامُّ المَخْصُوصُ يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِخَبَرِ الوَاحِدِ، وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ»، ثُمَّ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْلُولا بِغَرَرِ الانْفِسَاخِ أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ فَقَدْ ثَبَتَ المَطْلُوبُ حَيْثُ لا يَتَنَاوَلُ العَقَارَ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَعَ التَّعَارُضُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا رُوِيَ فِي السُّنَنِ مُسْنَدًا إِلى الأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ» وَبَيْنَهُ وَبَيْنَ أَدلةَ الجَوَازِ وَذَلكَ يَسْتَلزِمُ التَّرْكَ، وَجَعْلُهُ مَعْلُولا بِذَلكَ إِعْمَالٌ لِثُبُوت التَّوْفِيق حِينَئِذ، وَالإِعْمَالُ مُتَعَيِّنٌ لا مَحَالَةَ. وَكَمَا لَمْ يَتَنَاوَلْ العَقَارَ لَمْ يَتَنَاوَل الصَّدَاقَ وَبَدَل الخُلعِ، وَيَكُونُ مُخْتَصًّا بِعَقْدٍ يَنْفَسِخُ بِهَلاكِ المُعَوَّضِ قَبْل القَبْضِ.

هَذَا وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ (قَوْلُهُ وَالإِجَارَةُ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسِ مُحَمَّدٍ صُورَةَ النِّزَاعِ عَلَى الإِجَارَةِ وَتَقْرِيرُهُ أَنَّهَا لا تَصْلُحُ مَقِيسًا عَلَيْهَا لأَنَّهَا عَلَى الاخْتِلاف. قَال فِي

الإيضاح: مَا لا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ القَبْضِ لا تَجُوزُ إجَارَتُهُ، لأَنَّ صِحَّةَ الإجَارَةِ بِملكِ الرَّقَبَةِ، فَإذَا مَلكَ التَّصرُّفَ فِي الأَصْلِ وَهُوَ الرَّقَبَةُ مَلكَ فِي التَّابعِ وَقِيل: لا يَجُوزُ بلا خِلافٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لأَنَّ المَنَافعَ بِمَنْزِلةِ المَنْقُول، وَالإجَارَةُ تَمْليكُ المَنَافعِ فَيَمْتَنعُ جَوَازُهَا كَبَيْعِ المَنْقُول.

قَال (وَمَن اشتَرَى مَكِيلا مُكَايلَةً أَو مَوزُونًا مُوَازَنَةً فَاكتَالهُ أَو اتَّزَنَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُكَايلَةً أَو مُوَازَنَةً لم يَجُز للمُشتَرِي مِنهُ أَن يَبِيعَهُ وَلا أَن يَأكُلهُ حَتَّى يُعِيدَ الكَيل وَالوَزنَ) «لأَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن بَيعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجرِيَ فِيهِ صَاعَان: صَاعُ البَائعِ، وَصَاعُ المُشتَرِي»(١)؛ وَلأَنَّهُ يُحتَمَلُ أَن يَزِيدَ عَلى المَشرُوطِ وَذَلكَ للبَائعِ وَالتَّصَرُّفُ فِي مَال الغَيرِ حَرَامٌ فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنهُ، بِخِلافِ مَا إذَا بَاعَهُ مُجَازَفَةً؛ لأَنَّ الزِّيَادَةَ لهُ، وَبِخِلافِ مَا إذَا بَاعَ الثَّوبَ مُذَارَعَةً؛ لأَنَّ الزِّيَادَةَ لهُ إذ الذَّرعُ وَصفٌ فِي الثَّوبِ، بِخِلافِ القَدرِ، وَلا مُعتَبَرَ بِكَيل البَائعِ قَبل البَيعِ وَإِن كَانَ بِحَضرَةِ المُشتَرِي؛ لأَنَّهُ ليسَ صَاعَ البَائعِ وَالمُشتَرِي وَهُوَ الشَّرطُ، وَلا بِكَيلهِ بَعدَ البَيعِ بِغَيبَةِ المُشتَرِي؛ لأَنَّ الكَيل مِن بَابِ التَّسليمِ؛ لأَنَّ بِهِ يَصِيرُ المَبِيعُ مَعلُومًا وَلا تَسليمَ إلا بِحَضرَتِهِ، وَلو كَالهُ البَائعُ بَعدَ البَيعِ بِحَضرَةِ المُشتَرِي فَقَد قِيل لا يُكتَفَى بِهِ لظَاهِرِ الحَدِيثِ، فَإِنَّهُ اُعتُبِرَ صَاعَينِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكتَفَى بِهِ؛ لأَنَّ المَبِيعَ صَارَ مَعلُومًا بِكَيلٍ وَاحِدٍ وَتَحَقَّقَ مَعنَى التَّسليمِ، وَمَحمَلُ الحَدِيثِ اجتِمَاعُ الصَّفقَتَينِ عَلى مَا نُبَيِّنُ فِي بَابِ السَّلمِ إن شَاءَ اللهُ تَعَالى، وَلو اشتَرَى المَعدُودَ عَدًّا فَهُوَ كَالمَذرُوعِ فِيمَا يُروَى عَنهُمَا لأَنَّهُ ليسَ بِمَال الرِّبَا، وَكَالمَوزُونِ فِيمَا يُروَى عَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّهُ لا تَحِلُّ لهُ الزِّيَادَةُ عَلى المَشرُوطِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى مَكِيلا مُكَايَلةً أَوْ مَوْزُونًا مُوَازَنَةً إلخْ) إذَا اشْتَرَى المَكِيل وَالمَوْزُونَ كَالحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالسَّمْنِ وَالحَدِيد وَأَرَادَ التَّصرُّفَ فَذَلكَ عَلى أَرْبَعَة أَقْسَام: اشْتَرَى مُكَايَلةً وَبَاعَ مُكَايَلةً، أَوْ اشْتَرَى مُجَازَفَةً وَبَاعَ كَذَلكَ، أَوْ اشْتَرَى مُكَايَلةً وَبَاعَ مُجَازَفَةً، أَوْ بِالعَكْسِ مِنْ ذَلكَ. فَفِي الأَوَّل لمْ يَجُزْ للمُشْتَرِي مِنْ المُشْتَرِي الأَوَّل أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يُعِيدَ الكَيْل لنَفْسِهِ كَمَا كَانَ الحُكْمُ فِي حَقِّ المُشْتَرِي الأَوَّل كَذَلكَ

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨)، وابن أبي شيبة في المصنف (١٩٧/٧)، والدارقطني (٨/٣).

لأنَّ النَّبيَّ ﷺ «نَهى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ بِهِ صَاعَانِ صَاعُ البَائِعِ، وَصَاعُ المُشْتَرِي» وَلأنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَزِيدَ عَلى المَشْرُوطِ وَذَلكَ للبَائِعِ. وَالتَّصرُّفُ في مَال الغَيْرِ حَرَامٌ فَيَجبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ وَهُوَ بتَرْكِ التَّصرُّف، وَهَذه العلةُ مَوْجُودَةٌ فِي المَوْزُونِ فَكَانَ مِثْلهُ. وَفِي الثَّاني لا يَحْتَاجُ إلى الكَيْل لعَدَمِ الافْتقَارِ إلى تَعْيِينِ المقْدَار.

وَفِي الثَّالثِ لا يَحْتَاجُ المُشْتَرِي الثَّاني إلى كَيْلٍ لأنَّهُ لَمَّا اشْتَرَاهُ مُجَازَفَةً مَلكَ جَميعَ مَا كَانَ مُشَارًا إليْه فَكَانَ مُتصرِّفًا فِي ملك نَفْسه. قَالَ المُصَنِّفُ (لأنَّ الزِّيَادَةَ لهُ) وَاعْتُرِضَ بأنَّ الزِّيَادَةَ لا تُتَصَوَّرُ فِي المُجَازَفَة. وَأُجيبَ بأنَّ مِنْ الجَائزِ أَنَّهُ اشْتَرَى مَكيلا مُكَايَلةً فَاكْتَالهُ عَلى أَنَّهُ عَشَرَةُ أَقْفِزَةٍ مَثَلا ثُمَّ بَاعَهُ مُجازَفَةً فَإذَا هُوَ اثْنَا عَشَرَ فِي الوَاقِعِ فَيَكُونُ زِيَادَةً عَلى المَكيل الذي اشْتَرَاهُ المُشْتَرِي الأَوَّلُ وَفيهِ مِنْ التَّمَحُّل مَا تَرَى. وَقِيل المُرَادُ الزِّيَادَةُ التِي كَانَتْ فِي ذِهْنِ البَائِعِ، وَذَلكَ بِأَنْ بَاعَ مُجَازَفَةً وَفِي ذِهْنِه أَنَّهُ مِائَةُ قَفيزٍ فَإذَا هُوَ زَائِدٌ عَلى مَا ظَنَّهُ فَالزَّائدُ للمُشْتَرِي.

وَيَجُوزُ أَنْ يُجْعَل مِنْ بَابِ الغَرَضِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ المَانِعَ مِنْ التَّصرُّف هُوَ احْتمَالُ الزِّيَادَةِ، وَلوْ فُرِضَ فِي المُجَازَفَة زِيَادَةٌ كَانَتْ للمُشْتَرِي حَيْثُ لَمْ يَقَعْ العَقْدُ مُكَايَلةً فَهَذَا المَانِعُ عَلى تَقْديرِ وُجُوده لَمْ يَمْنَعْ التَّصرُّفَ عَلى تَقْديرِ علمه أَوْلى، وَيَجُوزُ فَرْضُ المُحَال إذَا تَعَلقَ بِهِ غَرَضٌ كَقَوْله تَعَالى ﴿ إِن تَدۡعُوهُمۡ لَا يَسۡمَعُواْ دُعَآءَكُمۡ وَلَوۡ سَمِعُواْ مَا ٱسۡتَجَابُواْ لَكُمۡ﴾ [فاطر: ١٤] وَفِي الرَّابِعِ يَحْتَاجُ إلى كَيْلٍ وَاحِدٍ، إمَّا كَيْل المُشْتَرِي أَوْ كَيْل البَائِعِ بِحَضْرَتِهِ لأنَّ الكَيْل شَرْطٌ لجَوَازِ التَّصرُّف فِيمَا بِيعَ مُكَايَلةً لمَكَانِ الحَاجَة إلى تَعْيِينِ المقْدَارِ الوَاقِعِ مَبِيعًا، وَأَمَّا المُجَازَفَةُ فَلا يَحْتَاجُ إليْه لمَا ذَكَرْنَا. فَإنْ قِيل: النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ إلى الغَايَة المَذْكُورَة يَتَنَاوَلُ الأَقْسَامَ الأَرْبَعَةَ فَمَا وَجْهُ تَخْصيصه بمَا فِي الكتَابِ؟ فَالجَوَابُ أَنَّهُ مَعْلُولٌ باحْتمَال الزِّيَادَة عَلى المَشْرُوطِ وَذَلكَ بمَا يُتَصَوَّرُ إذَا بِيعَ مُكَايَلةً فَلمْ يَتَنَاوَل مَا عَدَاهُ.

وَرُدَّ بأَنَّهُ دَعْوَى مُجَرَّدَةٌ. وَأُجيبَ بأَنَّ التَّقَصِّيَ عَنْ عُهْدَة ذَلكَ بأَنْ يُقَال: قَوْله تَعَالى ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ ﴾ يَقْتَضِي جَوَازَهُ مُطْلقًا وَهُوَ مَخْصُوصٌ بِآيَة الرِّبَا فَجَازَ تَخْصيصُهُ بِخَبَرِ الوَاحِد، وَفيه ذكْرُ جَرَيَانِ الصَّاعَيْنِ، وَليْسَ ذَلكَ إلا لتَعْيِين المقْدَارِ وَتَعْيِينُ المقْدَارِ إنَّمَا يُحْتَاجُ إليْه عنْدَ تَوَهُّمِ زِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ فَكَانَ فِي النَّصِّ مَا يَدُلُّ عَلى

أَنَّهُ مَعْلُولٌ بِذَلِكَ وَهُوَ فِي الْمُجَازَفَةِ مَعْدُومٌ فَكَانَ جَائِزًا بِلا كَيْلٍ، ثُمَّ فِي قَوْلِهِ اشْتَرَى مَكِيلا إِشَارَةٌ إِلى أَنَّهُ لوْ مَلكَهُ بِهِبَةٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ جَازَ التَّصرُّفُ فِيهِ قَبْلَ الكَيْلِ بِالبَيْعِ وَغَيْرِهِ، وَكَذَا لوْ وَقعَ ثَمَنًا كَمَا سَيَأْتِي وَحُكْمُ بَيْعِ الثَّوْبِ مُذَارَعَةً حُكْمُ الْمُجَازَفَةِ فِي الْمَكِيلِ لأَنَّ الزِّيَادَةَ لهُ، إِذْ الذَّرْعُ وَصْفٌ فِي الثَّوْبِ فَلمْ يَكُنْ هُنَاكَ احْتِمَالُ الزِّيَادَةِ فَلمْ تَكُنْ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ بِهِ النَّصُّ لِتَلحَقَ بِهِ، بِخِلافِ القَدْرِ فَإِنَّهُ مَبِيعٌ لا وَصْفٌ، وَلا مُعْتَبَرَ بِكَيْلِ البَائِعِ وَهُوَ الْمُشْتَرِي الأَوَّلُ قَبْلَ البَيْعِ وَإِنْ كَانَ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي لأَنَّ الشَّرْطَ صَاعُ البَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَهَذَا لَيْسَ كَذَلِكَ وَلا بِكَيْلِهِ بَعْدَ البَيْعِ بِغَيْبَةِ الْمُشْتَرِي لأَنَّ الكَيْلَ مِنْ بَابِ التَّسْلِيمِ إِذْ الْمَبِيعُ يَصِيرُ بِهِ مَعْلُومًا وَلا تَسْلِيمَ إِلا بِحَضْرَتِهِ.

وَلوْ كَالهُ البَائِعُ بَعْدَ البَيْعِ بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرِي فَقَدْ قِيلَ لا يُكْتَفَى بِهِ لِظَاهِرِ الحَدِيثِ فَإِنَّهُ اعْتَبَرَ صَاعَيْنِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِ لأَنَّ الْمَبِيعَ صَارَ مَعْلُومًا بِكَيْلٍ وَاحِدٍ وَتَحَقَّقَ مَعْنَى التَّسْلِيمِ وَانْتَفَى احْتِمَالُ الزِّيَادَةِ، وَمَحْمَلُ الحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفْقَتَيْنِ عَلى مَا سَيَأْتِي فِي بَابِ السَّلمِ أَنَّ مَنْ أَسْلمَ فِي كُرٍّ فَلمَّا حَل الأَجَلُ اشْتَرَى الْمُسْلمُ إِليْهِ مِنْ رَجُلٍ كُرًّا أَوْ أَمَرَ رَبُّ الْمَالِ بِقَبْضِهِ لمْ يَكُنْ قَبْضًا، وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ لهُ ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِنَفْسِهِ فَاكْتَالهُ لهُ ثُمَّ اكْتَالهُ لِنَفْسِهِ جَازَ لأَنَّهُ اجْتَمَعَتْ الصَّفْقَتَانِ بِشَرْطِ الكَيْلِ فَلا بُدَّ مِنْ الكَيْلِ مَرَّتَيْنِ.

وَاعْلمْ أَنَّ فِي كَلامِ الْمُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللهُ إِيهَامَ التَّنَاقُضِ، وَذَلكَ لأَنَّهُ وَضَعَ الْمَسْأَلةَ أَوَّلا فِيمَا إِذَا كَانَ العَقْدَانِ بِشَرْطِ الكَيْلِ. وَاسْتَدَل عَلى وُجُوبِ جَرَيَانِ الصَّاعَيْنِ بِالحَدِيثِ، ثُمَّ ذَكَرَ فِي آخِرِ الْمَسْأَلةِ أَنَّ الصَّحِيحَ أَنْ يُكْتَفَى بِالكَيْلِ الوَاحِدِ وَهُوَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ وَضْعُ الْمَسْأَلةِ فِيمَا يَكُونُ عَقْدًا وَاحِدًا بِشَرْطِ الكَيْلِ، لِمَا أَنَّ الاكْتِفَاءَ بِالكَيْلِ الوَاحِدِ فِي الصَّحِيحِ مِنْ الرِّوَايَةِ إِنَّمَا هُوَ فِي العَقْدِ الوَاحِدِ بِشَرْطِ الكَيْلِ. وَأَمَّا إِذَا وُجِدَ العَقْدُ بِشَرْطِ الكَيْلِ فَالاكْتِفَاءُ بِالكَيْلِ الوَاحِدِ فِيهِمَا ليْسَ بِصَحِيحٍ مِنْ الرِّوَايَةِ، بَل الجَوَابُ فِيهِ عَلى الصَّحِيحِ مِنْ الرِّوَايَةِ وُجُوبُ الكَيْليْنِ. وَدَفَعَهُ بِأَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالبَائِعِ فِي قَوْلِهِ وَلوْ كَالهُ البَائِعُ الْمُشْتَرِيَ الأَوَّل وَبِالْمُشْتَرِي هُوَ الثَّانِي وَبِالبَيْعِ هُوَ البَيْعُ الثَّانِي، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا بَاعَ مُكَايَلةً وَكَالهُ بِحَضْرَةِ مُشْتَرِيهِ يُكْتَفَى بِذَلكَ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ الدَّليلِ، وَيَدُلُّ عَلى ذَلكَ قَوْلُهُ وَمَحْمَلُ الحَدِيثِ اجْتِمَاعُ الصَّفْقَتَيْنِ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلى أَنَّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ اجْتِمَاعَ الصَّفْقَتَيْنِ غَيْرُ مَنْظُورٍ إِليْهِ، فَكَأَنَّهُ يَقُولُ: الحَدِيثُ دَليلٌ عَلى

وُجُوبِ الصَّاعَيْنِ فِيمَا إِذَا اجْتَمَعَتْ الصَّفْقَتَانِ كَمَا فِي أَوَّلِ المَسْأَلةِ وَمَا سَيَأْتِي فِي بَابِ السَّلَمِ. وَأَمَّا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَلا.

هَذَا وَإِذَا نَظَرْنَا إِلى التَّعْلِيلِ وَهُوَ قَوْلُهُ وَلأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَزِيدَ عَلى المَشْرُوطِ وَذَلِكَ لِلبَائِعِ يَقْتَضِي أَنْ يُكْتَفَى بِالكَيْلِ الوَاحِدِ فِي أَوَّلِ المَسْأَلةِ أَيْضًا كَمَا ذَكَرْنَا. وَلوْ ثَبَتَ أَنَّ وُجُوبَ الكَيْلَيْنِ عَزِيمَةٌ وَالاكْتِفَاءَ بِالكَيْلِ الوَاحِدِ رُخْصَةٌ أَوْ قِيَاسٌ أَوْ اسْتِحْسَانٌ لكَانَ ذَلكَ مَدْفَعًا جَارِيًا عَلى القَوَانِينِ لكِنْ لمْ أَظْفَرْ بِذَلكَ. وَلوْ **اشْتَرَى المَعْدُودَ عَدًّا** فَهُوَ كَالمَذْرُوعِ فِيمَا يُرْوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ. وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لأَنَّهُ ليْسَ بِمَالِ الرِّبَا، وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُ الوَاحِدِ بِالاثْنَيْنِ فَكَانَ كَالمَذْرُوعِ. وَحُكْمُهُ قَدْ مَرَّ أَنَّهُ لا يَحْتَاجُ إِلى إِعَادَةِ الذَّرْعِ إِذَا بَاعَ مُرَارَعَةً. وَكَالمَوْزُونِ فِيمَا يُرْوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ الكَرْخِيِّ لأَنَّهُ لا تَحِلُّ الزِّيَادَةُ، أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ اشْتَرَى جَوْزًا عَلى أَنَّهَا أَلفٌ فَوَجَدَهَا أَكْثَرَ لمْ تَسْلَمْ لهُ الزِّيَادَةُ، وَلوْ وَجَدَهَا أَقَل يَسْتَرِدُّ حِصَّةَ النُّقْصَانِ كَالمَوْزُونِ فَلا بُدَّ لِجَوَازِ التَّصَرُّفِ مِنْ العَدِّ كَالوَزْنِ فِي المَوْزُونِ.

قَال (وَالتَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبل القَبضِ جَائِزٌ) لقِيَامِ المُطلقِ وَهُوَ المِلكُ وَليسَ فِيهِ غَرَرُ الانفِسَاخِ بِالهَلاكِ لعَدَمِ تَعَيُّنِهَا بِالتَّعيِينِ، بِخِلافِ المَبِيعِ، قَال (وَيَجُوزُ للمُشتَرِي أَن يَزِيدَ للبَائِعِ فِي الثَّمَنِ وَيَجُوزُ للبَائِعِ أَن يَزِيدَ للمُشتَرِي فِي المَبِيعِ، وَيَجُوزُ أَن يَحُطَّ مِن الثَّمَنِ وَيَتَعَلقُ الاستِحقَاقُ بِجَمِيعِ ذَلك) فَالزِّيَادَةُ وَالحَطُّ يَلتَحِقَانِ بِأَصل العَقدِ عِندَنَا، وَعِندَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لا يَصِحَّانِ عَلى اعتِبَارِ الالتِحَاقِ، بَل عَلى اعتِبَارِ ابتِدَاءِ الصِّلةِ، لهُمَا أَنَّهُ لا يُمكِنُ تَصحِيحُ الزِّيَادَةِ ثَمَنًا؛ لأَنَّهُ يُصَيِّرُ مِلكَهُ عِوَضَ مِلكِهِ فَلا يَلتَحِقُ بِأَصل العَقدِ، وَكَذَا الحَطُّ؛ لأَنَّ كُل الثَّمَنِ صَارَ مُقَابَلا بِكُل المَبِيعِ فَلا يُمكِنُ إِخرَاجُهُ فَصَارَ بِرًّا مُبتَدَأً، وَلنَا أَنَّهُمَا بِالحَطِّ وَالزِّيَادَةِ يُغَيِّرَانِ العَقدَ مِن وَصفٍ مَشرُوعٍ إِلى وَصفٍ مَشرُوعٍ وَهُوَ كَونُهُ رَابِحًا أَو خَاسِرًا أَو عَدلا، وَلهُمَا وِلايَةُ الرَّفعِ فَأَولى أَن يَكُونَ لهُمَا وِلايَةُ التَّغيِيرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسقَطَا الخِيَارَ أَو شَرَطَاهُ بَعدَ العَقدِ، ثُمَّ إِذَا صَحَّ يَلتَحِق بِأَصل العَقدِ؛ لأَنَّ وَصفَ الشَّيءِ يَقُومُ بِهِ لا بِنَفسِهِ، بِخِلافِ حَطِّ الكُل؛ لأَنَّهُ تَبدِيلٌ لأَصلِهِ لا تَغيِيرٌ لوَصفِهِ فَلا يَلتَحِقُ بِهِ، وَعَلى اعتِبَارِ الالتِحَاقِ لا تَكُونُ الزِّيَادَةُ عِوَضًا عَن مِلكِهِ، وَيَظهَرُ حُكمُ الالتِحَاقِ فِي التَّولِيَةِ وَالمُرَابَحَةِ حَتَّى يَجُوزَ عَلى الكُل فِي الزِّيَادَةِ وَيُبَاشِرَ

عَلى البَاقِي فِي الحَطِّ وَفِي الشُّفعَةِ حَتَّى يَأخُذَ بِمَا بَقِيَ فِي الحَطِّ، وَإِنَّمَا كَانَ للشَّفِيعِ أَن يَأخُذَ بِدُونِ الزِّيَادَةِ لمَا فِي الزِّيَادَةِ مِن إبطَال حَقِّهِ الثَّابِتِ فَلا يَملكَانِه، ثُمَّ الزِّيَادَةُ لا تَصِحُّ بَعدَ هَلاكِ المَبِيعِ عَلى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لأنَّ المَبِيعَ لم يَبقَ عَلى حَالةٍ يَصِحُّ الاعتِيَاضُ عَنهُ وَالشَّيءُ يَثبُتُ ثُمَّ يُستَنَدُ، بِخِلافِ الحَطِّ لأَنَّهُ بِحَالٍ يُمكِنُ إخرَاجُ البَدَل عَمَّا يُقَابِلُهُ فَيُلتَحَقُ بِأَصل العَقدِ استِنَادًا.

الشرح:

قَال (**وَالتَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبْل القَبْضِ** جَائِزٌ) سَوَاءٌ كَانَ مِمَّا لا يَتَعَيَّنُ كَالنُّقُود أَوْ مِمَّا يَتَعَيَّنُ كَالمَكِيل وَالمَوْزُون، حَتَّى لوْ بَاعَ إبِلا بِدَرَاهِمَ أَوْ بِكُرٍّ مِنْ الحِنْطَة جَازَ أَنْ يَأْخُذَ بَدَلَهُ شَيْئًا آخَرَ. قَال ابْنُ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: «كُنَّا نَبِيعُ الإِبِل فِي البَقِيعِ فَنَأْخُذُ مَكَانَ الدَّرَاهِمِ الدَّنَانِيرَ وَمَكَانَ الدَّنَانِيرِ الدَّرَاهِمَ، وَكَانَ يُجَوِّزُهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ» وَلأَنَّ المُطْلَقَ لِلتَّصَرُّفِ وَهُوَ المِلكُ قَائِمٌ وَالمَانِعَ وَهُوَ غَرَرُ الانْفِسَاخِ بِالهَلاكِ مُنْتَفٍ لِعَدَمِ تَعَيُّنِهَا بِالتَّعْيِينِ أَيْ فِي النُّقُودِ بِخِلافِ المَبِيعِ.

قَال (وَيَجُوزُ لِلمُشْتَرِي أَنْ يَزِيدَ البَائِعَ فِي الثَّمَنِ) إذَا **اشْتَرَى عَيْنًا بِمِائَةٍ ثُمَّ زَادَ عَشَرَةً مَثَلا أَوْ** بَاعَ **عَيْنًا بِمِائَةٍ ثُمَّ زَادَ عَلَى المَبِيعِ شَيْئًا أَوْ حَطَّ بَعْضَ الثَّمَنِ** جَازَ، وَالاسْتِحْقَاقُ يَتَعَلقُ بِكُل ذَلكَ فَيَمْلكُ البَائِعُ حَبْسَ المَبِيعِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الأَصْل وَالزِّيَادَةَ، وَلا يَمْلكُ المُشْتَرِي مُطَالبَةَ المَبِيعِ مِنْ البَائِعِ حَتَّى يَدْفَعَهُمَا إليْه.

وَيَسْتَحِقُّ المُشْتَرِي مُطَالبَةَ المَبِيعِ كُله بِتَسْليمِ مَا بَقِيَ بَعْدَ الحَطِّ وَيَتَعَلقُ الاسْتِحْقَاقُ بِجَمِيعِ ذَلكَ يَعْنِي الأَصْل وَالزِّيَادَةَ. فَإِذَا اسْتَحَقَّ المَبِيعَ يَرْجِعُ المُشْتَرِي عَلى البَائِعِ بِهِمَا، وَإِذَا جَازَ ذَلكَ فَالزِّيَادَةُ وَالحَطُّ يَلتَحِقَان بِأَصْل العَقْد عِنْدَنَا. وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ لا يَصِحَّان عَلى اعْتِبَارِ الالتِحَاق، بَل عَلى اعْتِبَارِ ابْتِدَاءِ الصِّلة أَيْ الهِبَة ابْتِدَاءً لا تَتِمُّ إلا بِالتَّسْليمِ. لهُمَا أَنَّهُ لا يُمْكِنُ تَصْحِيحُ الزِّيَادَة ثَمَنًا لأَنَّ هَذَا التَّصْحِيحَ يُصَيِّرُ ملكَهُ عِوَضَ ملكِه لأَنَّ المُشْتَرِيَ مَلكَ المَبِيعَ بِالعَقْد المُسَمَّى ثَمَنًا. فَالزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ تَكُونُ فِي مُقَابَلة ملك نَفْسه وَهُوَ المَبِيعُ وَذَلكَ لا يَجُوزُ، وَفِي الحَطِّ الثَّمَنُ كُلُّهُ مُقَابَلٌ بِكُل المَبِيعِ فَلا يُمْكِنُ إخْرَاجُهُ عَنْ ذَلكَ فَصَارَ بِرًّا مُبْتَدَأً. وَلنَا أَنَّ البَائِعَ وَالمُشْتَرِيَ بِالحَطِّ وَالزِّيَادَة غَيْرُ العَقْدِ بِتَرَاضِيهِمَا مِنْ وَصْفٍ مَشْرُوعٍ إلى وَصْفٍ مَشْرُوعٍ، لأَنَّ البَيْعَ المَشْرُوعَ خَاسِرٌ

وَرَابِحٌ وَعَدْلٌ، وَالزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ تَجْعَلُ الخَاسِرَ عَدْلا وَالعَدْلَ رَابِحًا، وَالحَطُّ يَجْعَلُ الرَّابِحَ عَدْلا وَالعَدْلَ خَاسِرًا وَذَلِكَ الزِّيَادَةُ فِي المَبِيعِ، وَلَهُمَا وِلايَةُ التَّصَرُّفِ بِرَفْعِ أَصْلِ العَقْدِ بِالإِقَالَةِ، فَأَوْلَى أَنْ يَكُونَ لَهُمَا وِلايَةُ التَّغْيِيرِ مِنْ وَصْفٍ إِلَى وَصْفٍ لأَنَّ التَّصَرُّفَ فِي صِفَةِ الشَّيْءِ أَهْوَنُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي أَصْلِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ لأَحَدِ العَاقِدَيْنِ أَوْ لَهُمَا خِيَارُ الشَّرْطِ فَأَسْقَطَا أَوْ شَرَطَاهُ بَعْدَ العَقْدِ فَصَحَّ إِلْحَاقُ الزِّيَادَةِ بَعْدَ تَمَامِ العَقْدِ، وَإِذَا صَحَّ يَلتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ لأَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ كَالوَصْفِ لَهُ، وَوَصْفُ الشَّيْءِ يَقُومُ بِذَلِكَ الشَّيْءِ لا بِنَفْسِهِ، فَالزِّيَادَةُ تَقُومُ بِالثَّمَنِ لا بِنَفْسِهَا.

فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ حَطُّ البَعْضِ صَحِيحًا لِكَانَ حَطُّ الكُلِ كَذَلِكَ اعْتِبَارًا لِلكُلِ بِالبَعْضِ. أَجَابَ المُصَنِّفُ بِالفَرْقِ بِقَوْلِهِ بِخِلافِ حَطِّ الكُلِ لأَنَّهُ تَبْدِيلٌ بِأَصْلِهِ لا تَغْيِيرٌ بِوَصْفِهِ، لأَنَّ عَمَلَ الحَطِّ فِي إِخْرَاجِ القَدْرِ المَحْطُوطِ مِنْ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فَالشَّرْطُ فِيهِ قِيَامُ الثَّمَنِ وَذَلِكَ فِي حَطِّ البَعْضِ لِوُجُودِ مَا يَصْلُحُ ثَمَنًا. وَأَمَّا حَطُّ الجَمِيعِ فَتَبْدِيلٌ لِلعَقْدِ، لأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَبْقَى بَيْعًا بَاطِلا لِعَدَمِ الثَّمَنِ حِينَئِذٍ وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّهُمَا لَمْ يَقْصِدَا ذَلِكَ أَوْ يَصِيرَ هِبَةً وَقَدْ كَانَ قَصْدُهُمَا التِّجَارَةَ فِي المَبِيعِ دُونَ الهِبَةِ فَلا يَلتَحِقُ بِأَصْلِ العَقْدِ لِوُجُودِ المَانِعِ، وَلا يَلزَمُ مِنْ عَدَمِ الالتِحَاقِ لِمَانِعٍ عَدَمُهُ لا لِمَانِعٍ فَيَلتَحِقُ حَطُّ البَعْضِ بِأَصْلِ العَقْدِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الالتِحَاقِ لا تَكُونُ الزِّيَادَةُ عِوَضًا عَنْ مِلكِهِ.

وَيَظْهَرُ حُكْمُ الالتِحَاقِ فِي التَّوْلِيَةِ وَالمُرَابَحَةِ حَتَّى تَجُوزَ عَلَى الكُلِ فِي الزِّيَادَةِ، وَعَلَى البَاقِي فِي الحَطِّ فَإِنَّ البَائِعَ إِذَا حَطَّ بَعْضَ الثَّمَنِ عَنْ المُشْتَرِي وَالمُشْتَرِي قَالَ لآخَرَ وَلَّيْتُكَ هَذَا الشَّيْءَ وَقَعَ عَقْدُ التَّوْلِيَةِ عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ الثَّمَنِ بَعْدَ الحَطِّ فَكَانَ الحَطُّ بَعْدَ العَقْدِ مُلتَحِقًا بِأَصْلِ العَقْدِ كَانَ الثَّمَنُ فِي ابْتِدَاءِ العَقْدِ هُوَ ذَلِكَ المِقْدَارُ وَكَذَلِكَ فِي الزِّيَادَةِ، وَيَظْهَرُ حُكْمُهُ أَيْضًا فِي الشُّفْعَةِ حَتَّى يَأْخُذَ الشَّفِيعُ بِمَا بَقِيَ فِي الحَطِّ (قَوْلُهُ وَإِنَّمَا كَانَ لِلشَّفِيعِ) جَوَابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ تَقْدِيرُهُ لَوْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مُلتَحِقَةً بِأَصْلِ العَقْدِ لأَخَذَ الشَّفِيعُ بِالزِّيَادَةِ كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي ابْتِدَاءِ العَقْدِ.

وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ: إِنَّمَا كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِدُونِ الزِّيَادَةِ لأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَقَ بِالعَقْدِ الأَوَّلِ، وَفِي الزِّيَادَةِ إِبْطَالٌ لَهُ، وَلَيْسَ لَهُمَا وِلايَةٌ عَلَى إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ بِتَرَاضِيهِمَا وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ المَبِيعُ قَائِمًا. وَأَمَّا بَعْدَ هَلاكِهِ فَلا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

لأنَّ المَبيعَ لَمْ يَبْقَ عَلى حَالة يَصحُّ الاعْتيَاضُ عَنْهُ. إذْ الاعْتيَاضُ إنَّمَا يَكُونُ في مَوْجُود وَالشَّيْءُ يَثْبُتُ ثُمَّ يَسْتَنِدُ وَلَمْ تَثْبُتْ الزِّيَادَةُ لعَدَم مَا يُقَابلُهُ فَلا تَسْتَنِدُ، بخلاف الحَطِّ لأَنَّهُ بحَالٍ يُمْكنُ إخْرَاجُ البَدَل عَمَّا يُقَابلُهُ لكَوْنه إسْقَاطًا وَالإسْقَاطُ لا يَسْتَلزِمُ ثُبُوتَ مَا يُقَابلُهُ فَيَثْبُتُ الحَطُّ في الحَال وَيَلتَحقُ بأَصْل العَقْد اسْتنَادًا.

رَوَى الحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ تَصِحُّ زِيَادَةُ الثَّمَنِ بَعْدَ هَلاكِ المَبيعِ. وَوَجْهُهُ أَنْ يَجْعَل المَعْقُودَ عَلَيْه قَائمًا تَقْديرًا وَتُجْعَل الزِّيَادَةُ تَغْييرًا كَمَا جُعل قَائمًا إذَا اطَّلعَ المُشْتَري عَلى عَيْبٍ كَانَ قَبْل الهَلاك حَيْثُ يَرْجعُ بنُقْصَان العَيْب، وَهَذَا لأَنَّ قيَامَ العَقْد بالعَاقدَيْنِ لا بالمَحَل، وَاشْترَاطُ المَحَل لإثْبَات الملك أَوْ إبْقَائه بطَريق التَّجَدُّد فَلمْ يَكُنْ لإيفَاءِ العَقْد في حَقِّه فَائدَةٌ، فَأَمَّا فيمَا وَرَاءَ ذَلكَ فَفيه فَائدَةٌ فَتَبْقَى وَالزِّيَادَةُ في المَبيع جَائزَةٌ لأَنَّهَا تَثْبُتُ في مُقَابَلة الثَّمَنِ وَهُوَ قَائمٌ وَيَكُونُ لَهَا حصَّةٌ منْ الثَّمَن، حَتَّى لوْ هَلكَتْ قَبْل القَبْض سَقَطَ بحصَّتهَا شَيْءٌ منْ الثَّمَن.

قَال (وَمَن بَاعَ بِثَمَنٍ حَالٍّ ثُمَّ أَجَّلَهُ أَجَلا مَعلُومًا صَارَ مُؤَجَّلا)؛ لأَنَّ الثَّمَنَ حَقُّهُ فَلَهُ أَن يُؤَخِّرَهُ تَيسِيرًا عَلَى مَن عَلَيهِ، أَلا تَرَى أَنَّهُ يَملِكُ إبرَاءَهُ مُطلقًا فَكَذَا مُؤَقَّتًا، وَلو أَجَّلَهُ إلى أَجَلٍ مَجهُولٍ إن كَانَت الجَهَالَةُ مُتَفَاحِشَةً كَهُبُوبِ الرِّيحِ لا يَجُوزُ، وَإِن كَانَت مُتَقَارِبَةً كَالحَصَادِ وَالدِّيَاسُ يَجُوزُ؛ لأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ الكَفَالَةِ وَقَد ذَكَرنَاهُ مِن قَبلُ. قَال (وَكُلُّ دَينٍ حَالٍّ إذَا أَجَّلَهُ صَاحِبُهُ صَارَ مُؤَجَّلا)؛ لمَا ذَكَرنَا (إلا القَرض) فَإِنَّ تَأجِيلَهُ لا يَصِحُ؛ لأَنَّهُ إعَارَةٌ وَصِلَةٌ فِي الابتِدَاءِ حَتَّى يَصِحُّ بِلفظَةِ الإِعَارَةِ، وَلا يَملِكُهُ مِن لا يَملِكُ التَّبَرُّعَ كَالوَصِيِّ وَالصَّبِيِّ وَمُعَاوَضَةٌ فِي الانتِهَاءِ، فَعَلى اعتِبَارِ الابتِدَاءِ لا يَلزَمُ التَّأجِيلُ فِيهِ كَمَا فِي الإِعَارَةِ، إذ لا جَبرَ فِي التَّبَرُّعِ، وَعَلى اعتِبَارِ الانتِهَاءِ لا يَصِحُ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ بَيعَ الدَّرَاهِمِ بِالدَّرَاهِمِ نَسِيئَةً وَهُوَ رِبًا، وَهَذَا بِخِلافِ مَا إذَا أَوصَى أَن يُقرِضَ مِن مَالهِ أَلفَ دِرهَمٍ فُلانًا إلى سَنَةٍ حَيثُ يَلزَمُ الوَرَثَةَ مِن ثُلُثِهِ أَن يُقرِضُوهُ وَلا يُطَالبُوهُ قَبل المُدَّةِ؛ لأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالتَّبَرُّعِ بِمَنزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالخِدمَةِ وَالسُّكنَى فَيَلزَمُ حَقًّا للمُوصِي، وَاللهُ تَعَالى أَعلمُ

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ بثَمَنٍ حَالٍّ) ثُمَّ أَجَّلَهُ أَجَلٌ مَعْلُومٌ إذَا بَاعَ شَيْئًا بثَمَنٍ حَالٍّ ثُمَّ أَجَّلَهُ لا يَخْلُو منْ أَنْ يَكُونَ الأَجَلُ مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولا، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ صَحَّ وَصَارَ مُؤَجَّلا. وَقَال

زُفَرُ: لا يَلحَقُ الأَجَلُ بالعَقْد، وَبه قَال الشَّافعيُّ لأَنَّهُ دَيْنٌ فَلا يَتَأَجَّلُ كَالقَرْض.

وَلَنا أَنَّ الثَّمَنَ حَقُّهُ فَجَازَ أَنْ يَتَصرَّفَ فيه بالتَّأْجيل رِفْقًا بمَنْ عَلَيْه، وَلأَنَّ التَّأْجيل إثْبَاتُ بَرَاءَةٍ مُؤَقَّتَة إلى حُلُول الأَجَل، وَهُوَ يَمْلكُ البَرَاءَةَ المُطْلَقَةَ بالإبْرَاء عَنْ الثَّمَنِ فَلأَنْ يَمْلكَ البَرَاءَةَ المُؤَقَّتَةَ أَوْلى، وَإنْ كَانَ الثَّاني فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ تَكُونَ الجَهَالَةُ فَاحشَةً أَوْ يَسيرَةً، فَإنْ كَانَ الأَوَّلُ كَمَا إذَا أَجَّلَهُ إلى هُبُوب الرِّيحِ وَنُزُول المَطَرِ لا يَجُوزُ، وَإنْ كَانَ الثَّاني كَالحَصَاد وَالدِّيَاسِ جَازَ كَالكَفَالة، لأَنَّ الأَجَل لَمْ يُشْتَرَطْ في عَقْد المُعَاوَضَة فَصَحَّ مَعَ الجَهَالة اليَسيرَة بخلاف البَيْعِ (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ منْ قَبْلُ) يَعْني في أَوَاخرِ البَيْعِ الفَاسد قَال (وَكُلُّ دَيْنٍ حَالٍّ إذَا أَجَّلَهُ صَاحبُهُ صَارَ مُؤَجَّلا) كُلُّ دَيْنٍ حَالٍّ بتَأْجيل صَاحبه يَصيرُ مُؤَجَّلا (لمَا ذَكَرْنَا) أَنَّهُ حَقُّهُ، لكنَّ القَرْضَ لا يَصحُّ تَأْجيلُهُ.

وَهَذَا لأَنَّ القَرْضَ في الابْتدَاء صلَةٌ وَإعَارَةٌ فَهُوَ بهَذَا الاعْتبَار منْ التَّبرُّعَات، وَلهَذَا يَصحُّ بلفْظ الإعَارَة (وَلا يَمْلكُهُ مَنْ لا يَمْلكُ التَّبرُّعَ كَالوَصيِّ وَالصَّبيِّ، وَمُعَاوَضَةٌ في الانْتهَاء) لأَنَّ الوَاجبَ بالقَرْض رَدُّ المثْل لا رَدُّ العَيْن (فَعَلى اعْتبَار الابْتدَاء لا يَصحُّ) أَيْ لا يَلزَمُ التَّأْجيلُ فيه (كَمَا في الإعَارَة إذْ لا جَبْرَ وَعَلى اعْتبَار الانْتهَاء لا يَصحُّ لأَنَّهُ يَصيرُ بَيْعَ الدَّرَاهمِ بالدَّرَاهمِ نَسيئَةً وَهُوَ ربًا) وَهَذَا يَقْتَضي فَسَادَ القَرْض لكنْ نَدَبَ الشَّرْعُ إليْه، وَأَجْمَعَ الأُمَّةُ عَلى جَوَازه فَاعْتَمَدْنَا عَلى الابْتدَاء وَقُلْنَا بجَوَازه بلا لُزُوم (وَنُوقضَ بمَا إذَا أَوْصَى أَنْ يُقْرضَ منْ مَاله أَلفَ درْهَمٍ فُلانًا إلى سَنَة) فَإنَّهُ قَرْضٌ مُؤَجَّلٌ وَأَجَلُهُ لازمٌ.

(حَيْثُ يَلزَمُ منْ ثُلُثه أَنْ يُقْرضُوهُ وَلا يُطَالبُوهُ) إلى سَنَة. وَأُجيبَ بأَنَّ ذَلكَ منْ بَابِ الوَصيَّة بالتَّبرُّع كَالوَصيَّة بالخدْمَة وَالسُّكْنَى في كَوْنهمَا وَصيَّةً بالتَّبرُّع بالمَنَافع وَيَلزَمُ في الوَصيَّة مَا لا يَلزَمُ في غَيْرهَا، أَلا تَرَى أَنَّهُ لوْ أَوْصَى بثَمرَة بُسْتَانه لفُلان صَحَّ وَلَزمَ وَإنْ كَانَتْ مَعْدُومَةً وَقْتَ الوَصيَّة فَكَذَلكَ يَلزَمُ التَّأْجيلُ في القَرْض حَتَّى لا يَجُوزَ للوَرَثَة مُطَالبَةُ المُوصَى لهُ بالاسْترْدَاد قَبْل السَّنَة حَقًّا للمُوصي، وَاَللهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الرِّبَا

قَالَ الرِّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُل مَكِيلٍ أَو مَوزُونٍ إذَا بِيعَ بِجِنسِهِ مُتَفَاضِلا فَالعِلَّةُ عِندَنَا الكَيلُ مَعَ الجِنسِ وَالوَزنُ مَعَ الجِنسِ. قَال رَضِيَ اللهُ عَنهُ: وَيُقَالُ القَدرُ مَعَ الجِنسِ وَهُوَ أَشمَلُ. وَالأَصلُ فِيهِ الحَدِيثُ المَشهُورُ وَهُوَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «الحِنطَةُ بِالحِنطَةِ

مِثلا بِمِثلٍ يَدًا بِيَدٍ، وَالفَضلُ رِبًا»[1] وَعَدَّ الأَشيَاءَ السِّتَّةَ: الحِنطَةَ وَالشَّعِيرَ وَالتَّمرَ وَالمِلحَ وَالذَّهَبَ وَالفِضَّةَ عَلَى هَذَا المِثَال. وَيُروَى بِرِوَايَتَينِ بِالرَّفعِ مِثلٌ وَبِالنَّصبِ مِثلا. وَمَعنَى الأَوَّل بَيعُ التَّمرِ، وَمَعنَى الثَّانِي بِيعُوا التَّمرَ، وَالحُكمُ مَعلُومٌ بِإِجمَاعِ القَائِسِينَ لَكِنَّ العِلَّةَ عِندَنَا مَا ذَكَرنَاهُ. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ: الطُّعمُ فِي المَطعُومَاتِ وَالثَّمَنِيَّةُ فِي الأَثمَانِ، وَالجِنسِيَّةُ شَرطٌ، وَالمُسَاوَاةُ مُخَلِّصٌ. وَالأَصلُ هُوَ الحُرمَةُ عِندَهُ لأَنَّهُ نَصَّ عَلَى شَرطَينِ التَّقَابُضِ وَالمُمَاثَلَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ يُشعِرُ بِالعِزَّةِ وَالخَطَرِ كَاشتِرَاطِ الشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ، فَيُعَلَّلُ بِعِلَّةٍ تُنَاسِبُ إِظهَارَ الخَطَرِ وَالعِزَّةِ وَهُوَ الطُّعمُ لِبَقَاءِ الإِنسَانِ بِهِ وَالثَّمَنِيَّةُ لِبَقَاءِ الأَموَال التِي هِيَ مَنَاطُ المَصَالِحِ بِهَا، وَلا أَثَرَ لِلجِنسِيَّةِ فِي ذَلِكَ فَجَعَلنَاهُ شَرطًا وَالحُكمُ قَد يَدُورُ مَعَ الشَّرطِ. وَلَنَا أَنَّهُ أَوجَبَ المُمَاثَلَةَ شَرطًا فِي البَيعِ وَهُوَ المَقصُودُ بِسَوقِهِ تَحقِيقًا لِمَعنَى البَيعِ، إِذ هُوَ يُنبِئُ عَن التَّقَابُلِ وَذَلِكَ بِالتَّمَاثُلِ، أَو صِيَانَةً لأَموَال النَّاسِ عَن التَّوَى، أَو تَتمِيمًا لِلفَائِدَةِ بِاتِّصَال التَّسلِيمِ بِهِ، ثُمَّ يَلزَمُ عِندَ فَوتِهِ حُرمَةُ الرِّبَا وَالمُمَاثَلَةُ بَينَ الشَّيئَينِ بِاعتِبَارِ الصُّورَةِ وَالمَعنَى، وَالمِعيَارُ يُسَوِّي الذَّاتَ، وَالجِنسِيَّةُ تُسَوِّي المَعنَى فَيَظهَرُ الفَضلُ عَلَى ذَلِكَ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا، لأَنَّ الرِّبَا هُوَ الفَضلُ المُستَحَقُّ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ فِي المُعَاوَضَةِ الخَالِي عَن عِوَضٍ شَرطٍ فِيهِ، وَلا يُعتَبَرُ الوَصفُ لأَنَّهُ لا يُعَدُّ تَفَاوُتًا عُرفًا، أَو لأَنَّ فِي اعتِبَارِهِ سَدَّ بَابِ البِيَاعَاتِ، أَو لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ» وَالطُّعمُ وَالثَّمَنِيَّةُ مِن أَعظَمِ وُجُوهِ المَنَافِعِ، وَالسَّبِيلُ فِي مِثلِهَا الإِطلاقُ بِأَبلَغِ الوُجُوهِ لِشِدَّةِ الاحتِيَاجِ إِلَيهَا دُونَ التَّضيِيقِ فِيهِ فَلا مُعتَبَرَ بِمَا ذَكَرَهُ.

الشرح:

(بَابُ الرِّبَا): لَمَّا فَرَغَ مِنْ ذِكْرِ أَبْوَابِ البُيُوعِ التِي أَمَرَ الشَّارِعُ بِمُبَاشَرَتِهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠] شَرَعَ فِي بَيَانِ أَنْوَاعِ بُيُوعٍ نَهَى الشَّارِعُ عَنْ مُبَاشَرَتِهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَـٰفًا مُّضَـٰعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠] فَإِنَّ النَّهْيَ يَعْقُبُ الأَمْرَ، وَهَذَا لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ كِتَابِ البُيُوعِ بَيَانُ الحَلالِ الذِي هُوَ بَيْعٌ شَرْعًا وَالحَرَامُ الذِي هُوَ الرِّبَا، وَلِهَذَا لَمَّا قِيلَ لِمُحَمَّدٍ أَلا تُصَنِّفُ شَيْئًا

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (حديث ٨١)، وأبو داود (٣٣٥٠)، والترمذي (١٢٤٠). وانظر نصب الراية (٤/ ٧٢).

فِي الزُّهْدِ؟ قَال قَدْ صَنَّفْت كِتَابَ الْبُيوعِ، وَمُرَادُهُ بَيَّنْت فِيهِ مَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ، وَلَيْسَ الزُّهْدُ إلا الاجْتِنَابَ مِنْ الحَرَامِ وَالرَّغْبَةَ فِي الحَلالِ.

وَالرِّبَا فِي اللُّغَةِ هُوَ الزِّيَادَةُ، مِنْ رَبَا المَالُ: أَيْ زَادَ، وَيُنْسَبُ فَيُقَالُ رِبَوِيٌّ بِكَسْرِ الرَّاءِ، وَمِنْهُ الأَشْيَاءُ الرِّبَوِيَّةُ، وَفَتْحُ الرَّاءِ خَطَأٌ ذَكَرَهُ فِي المُغْرِبِ. وَفِي الاصْطِلاحِ: هُوَ الفَضْلُ الخَالِي عَنْ العِوَضِ المَشْرُوطِ فِي البَيْعِ. قَال (الرِّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُل مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ) أَيْ **حُكْمُ الرِّبَا** وَهُوَ حُرْمَةُ الفَضْلِ وَالنَّسِيئَةِ جَارٍ فِي كُل مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إذَا بِيعَ بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ مِنْ جِنْسِهِ (فَالعلةُ) أَيْ لِوُجُوبِ المُمَاثَلة هُوَ (الكَيْلُ مَعَ الجِنْسِ أَوْ الوَزْنُ مَعَ الجِنْسِ) قَال المُصَنِّفُ (وَيُقَالُ القَدْرُ مَعَ الجِنْسِ وَهُوَ أَشْمَلُ) لأَنَّهُ يَتَنَاوَلُهُمَا وَلَيْسَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِانْفِرَادِهِ يَتَنَاوَلُ الآخَرَ.

(وَالأَصْلُ فِيهِ الحَدِيثُ المَشْهُورُ) الذِي تَلَقَّتْهُ العُلَمَاءُ بِالقَبُول (وَهُوَ قَوْلُهُ: ﷺ «**الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ مِثْلا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ وَالفَضْلُ رِبًا**» وَعَدَّ الأَشْيَاءَ السِّتَّةَ الحِنْطَةَ وَالشَّعِيرَ وَالتَّمْرَ وَالمِلحَ وَالذَّهَبَ وَالفِضَّةَ عَلى هَذَا المِثَال) وَمَدَارُهُ عَلى عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ وَعُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ وَأَبِي سَعِيدٍ الخُدْرِيِّ وَمُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ.

وَرُوِيَ بِرِوَايَتَيْنِ بِالرَّفْعِ " مِثْلٌ بِمِثْلٍ " وَبِالنَّصْبِ " مِثْلا بِمِثْلٍ " وَمَعْنَى الأَوَّل بَيْعُ الحِنْطَةِ حُذِفَ المُضَافُ وَأُقِيمَ المُضَافُ إلَيْهِ مَقَامَهُ وَأُعْرِبَ بِإِعْرَابِهِ وَمِثْلٌ خَبَرُهُ، وَمَعْنَى الثَّانِي بِيعُوا التَّمْرَ مِثْلا بِمِثْلٍ، وَالمُرَادُ بِالمُمَاثَلة المُمَاثَلةُ مِنْ حَيْثُ الكَيْلُ بِدَلِيل مَا رُوِيَ " كَيْلا بِكَيْلٍ " وَكَذَلِكَ فِي المَوْزُونِ " وَزْنًا بِوَزْنٍ " فَيَكُونُ المُرَادُ بِهِ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ الكَيْل وَالوَزْنِ لا مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الحِنْطَةِ، فَإِنَّ بَيْعَ حَبَّةٍ مِنْ حِنْطَةٍ بِحَبَّةٍ مِنْهَا لا يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّقَوُّمِ مَعَ صِدْقِ الاسْمِ عَلَيْهِ، وَيَخْرُجُ مِنْهُ المُمَاثَلةُ مِنْ حَيْثُ الجَوْدَةُ وَالرَّدَاءَةُ بِدَلِيل حَدِيث عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ»، وَكَلامُ رَسُول اللهِ ﷺ يُفَسِّرُ بَعْضُهُ بَعْضًا.

فَإِنْ قِيل: تَقْدِيرُ بِيعُوا يُوجِبُ البَيْعَ وَهُوَ مُبَاحٌ. أُجِيبَ بِأَنَّ الوُجُوبَ مَصْرُوفٌ إلى الصِّفَةِ كَقَوْلِك مُتْ وَأَنْتَ شَهِيدٌ، وَلَيْسَ المُرَادُ الأَمْرَ بِالمَوْتِ وَلَكِنْ بِالكَوْنِ عَلى صِفَةِ الشُّهَدَاءِ إذَا مَاتَ، وَكَذَلِكَ المُرَادُ الأَمْرُ بِكَوْنِ البَيْعِ عَلى صِفَةِ المُمَاثَلة (قَوْلُهُ: يَدٌ بِيَدٍ) المُرَادُ بِهِ عِنْدَنَا عَيْنٌ بِعَيْنٍ. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ قَبْضٌ بِقَبْضٍ (قَوْلُهُ: وَالفَضْلُ رِبًا) **الفَضْلُ مِنْ حَيْثُ الكَيْلُ** حَرَامٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ فَضْلُ ذَاتِ أَحَدِهِمَا عَلى الآخَرِ حَرَامٌ (وَالحُكْمُ مَعْلُولٌ

بِإِجْمَاعِ القَائسِينَ) احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ دَاوُد مِنْ المُتَأَخِّرِينَ وَعُثْمَانَ البَتِّيِّ مِنْ المُتَقَدِّمِينَ إِنَّ الحُكْمَ مَقْصُورٌ عَلى الأَشْيَاء السِّتَّة، وَالنَّصُّ غَيْرُ مَعْلُولٍ (لكنَّ العلةَ عِنْدَنَا مَا ذَكَرْنَا) مِنْ القَدْرِ وَالجِنْسِ (وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ الطَّعْمُ فِي المَطْعُومَاتِ وَالثَّمَنِيَّةُ فِي الأَثْمَانِ وَالجِنْسِيَّةُ شَرْطٌ) لِعَمَلِ العلة عَمَلهَا حَتَّى لا تَعْمَل العلةُ المَذْكُورَةُ عِنْدَهُ إلا عِنْدَ وُجُودِ الجِنْسِيَّة، وَحِينَئِذٍ لا يَكُونُ لَهَا أَثَرٌ فِي تَحْرِيمِ النَّسَاء، فَلوْ **أَسْلَمَ هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ** جَازَ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لَمْ يَجُزْ لِوُجُودِ أَحَدِ وَصْفَيْ العلة، وَسَيَأْتِي (وَالمُسَاوَاةُ مُخَلصٌ) يُتَخَلصُ بِهَا عَنْ الحُرْمَةِ لأَنَّهُ: أَيْ الشَّارِعَ نَصَّ عَلى شَرْطَيْنِ التَّقَابُضِ وَالمُمَاثَلة لأَنَّهُ قَال «يَدًا بِيَدٍ مِثْلا بِمِثْلٍ» مَنْصُوبَانِ عَلى الحَال وَالأَحْوَالُ شُرُوطٌ، هَذَا فِي رِوَايَةِ النَّصْبِ، وَفِي رِوَايَةِ الرَّفْعِ يُقَالُ مَعْنَاهُ عَلى النَّصْبِ إلا أَنَّهُ عَدَل إلى الرَّفْعِ للدَّلالة عَلى الثُّبُوت.

(وَكُلُّ ذَلكَ) أَيْ كُلٌّ مِنْ الشَّرْطَيْنِ (يُشْعِرُ بِالعِزَّةِ وَالخَطَرِ كَالشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ) فَإِذَا كَانَ عَزِيزًا خَطِيرًا (يُعَللُ بِعلة تُنَاسِبُ إظْهَارَ الخَطَرِ وَالعِزَّة وَهُوَ الطَّعْمُ) فِي المَطْعُومَاتِ (لِبَقَاءِ الإِنْسَان بِهِ، وَالثَّمَنِيَّةُ فِي الأَثْمَان لِبَقَاء الأَمْوَال التِي هِيَ مَنَاطُ المَصَالِحِ بِهَا وَلا أَثَرَ للجِنْسِيَّة فِي ذَلكَ) أَيْ فِي إظْهَارِ الخَطَرِ وَالعِزَّة (فَجَعَلنَاهُ شَرْطًا) وَالحَاصِلُ أَنَّ العلةَ إِنَّمَا تُعْرَفُ بِالتَّأْثِيرِ، وَللطَّعْمِ وَالثَّمَنِيَّة أَثَرٌ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، وَليْسَ للجِنْسِيَّة أَثَرٌ، لكنَّ العِلةَ لا تَكْمُلُ إلا عِنْدَ وُجُودِ الجِنْسِ فَكَانَ شَرْطًا لأَنَّ الحُكْمَ يَدُورُ مَعَ الشَّرْطِ وُجُودًا عِنْدَهُ وَلا وُجُوبًا بِهِ.

(وَلنَا أَنَّ الحَدِيثَ أَوْجَبَ المُمَاثَلةَ شَرْطًا فِي البَيْعِ) بِقَوْلهِ مِثْلا بِمِثْلٍ لمَا مَرَّ أَنَّهُ حَالٌ بِمَعْنَى مُمَاثلا، وَالأَحْوَالُ شُرُوطٌ (وَ) وُجُوبُ المُمَاثَلة (هُوَ المَقْصُودُ بِسَوْقِ الحَدِيثِ) لأَحَدِ مَعَانٍ ثَلاثَة (لتَحْقِيقِ مَعْنَى البَيْعِ فَإِنَّهُ يُنْبِئُ عَنْ التَّقَابُل) وَهُوَ ظَاهِرٌ لكَوْنِهِ مُبَادَلةً وَالتَّقَابُلُ يَحْصُلُ بِالتَّمَاثُل، لأَنَّهُ لوْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَنْقَصَ مِنْ الآخَرِ لَمْ يَحْصُل التَّقَابُلُ مِنْ كُل وَجْه (أَوْ صِيَانَةً لأَمْوَال النَّاسِ عَنْ التَّوَى) لأَنَّ أَحَدَ البَدَليْنِ إذَا كَانَ أَنْقَصَ مِنْ الآخَرِ كَانَ التَّبَادُلُ مُضَيِّعًا لفَضْل مَا فِيهِ الفَضْلُ (أَوْ تَتْمِيمًا للفَائِدَة بِاتِّصَال التَّسْليمِ بِهِ) أَيْ بِالمُمَاثِل: يَعْنِي أَنَّ فِي النَّقْدَيْنِ لكَوْنِهِمَا لا يَتَعَيَّنَان بِالتَّعْيِينِ شُرِطَتْ المُمَاثَلةُ قَبْضًا بَعْدَ مُمَاثَلة كُلٍّ مِنْهُمَا للآخَرِ لتَتْمِيمِ فَائِدَةِ العَقْدِ وَهُوَ ثُبُوتُ المِلك، وَفِيهِ نَظَرٌ لأَنَّهُ خَارِجٌ عَنْ المَقْصُودِ، إذْ المَقْصُودُ بَيَانُ وُجُوبِ المُمَاثَلة بَيْنَ العِوَضَيْنِ قَدْرًا لا

بَيَانُ الْمُمَاثَلة مِنْ حَيْثُ القَبْضُ. وَالأَوْلى أَنْ يُقَال: لوْ لَمْ يَكُنْ أَحَدُ العِوَضَيْنِ مُمَاثِلا للآخَرِ لَمْ تَتِمَّ الفَائِدَةُ بالقَبْضِ؛ لأَنَّهُ إذَا كَانَ أَحَدُهُمَا أَنْقَصَ يَكُونُ نَفْعًا فِي حَقِّ أَحَد الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَضَرَرًا فِي حَقِّ الآخَرِ، وَإِذَا كَانَ مِثْلا للآخَرِ يَكُونُ نَفْعًا فِي حَقِّهِمَا فَتَكُونُ الفَائِدَةُ أَتَمَّ بَعْدَ القَبْضِ لكَوْنه نَفْعًا فِي حَقِّهِمَا جَميعًا. وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول: هَذه الأَوْجُهُ الثَّلاثَةُ الْمَذْكُورَةُ لاشْتِرَاط التَّمَاثُل ممَّا يَجبُ تَحَقُّقُهُ فِي سَائِرِ البِيَاعَاتِ لأَنَّهَا لا تَنْفَكُّ عَنْ التَّقَابُل وَصِيَانَة لأَمْوَال النَّاسِ عَنْ التَّوَى وَتَتْميمُ الفَائدَة ممَّا يَجبُ فَيَجبُ التَّمَاثُلُ فِي الجَميعِ لئَلا تَتَخَلفَ العلةُ عَنْ الْمَعْلُول. وَالجَوَابُ أَنَّ مُوجبَهَا فِي الرِّبَا هُوَ النَّصُّ، وَالوُجُوهُ الْمَذْكُورَةُ حكْمَتُهُ لا علتُهُ ليُتَصوَّرَ التَّخَلُّفُ.

وَإِذَا ثَبَتَ اشْتِرَاطُ الْمُمَاثَلة لزمَ عنْدَ فَوَاته حُرْمَةُ الرِّبَا لأَنَّ الْمَشْرُوطَ يَنْتَفي عنْدَ انْتفَاءِ شَرْطه. وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: إنَّمَا تَلزَمُ حُرْمَةُ الرِّبَا عنْدَ فَوَات شَرْط الحل إنْ لَمْ تُوجَدْ الوَاسطَةُ بَيْنَ الحل وَالحُرْمَة، وَهُوَ مَمْنوعٌ لأَنَّ الكَرَاهَةَ وَاسطَةٌ بَيْنَ الحل وَالحُرْمَة. وَيُمْكنُ أَنْ يُجَابَ عَنْهُ بأَنَّ الْمُرَادَ بالحُرْمَة مَا هُوَ حَرَامٌ لغَيْرِه وَهُوَ بمَعْنَى الكَرَاهَة، فَعنْدَ انْتفَاء الحل يَثْبُتُ الحَرَامُ لغَيْرِه وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي التَّقْرِيرِ على وَجْه أَتَمَّ فَليُطْلبْ ثَمَّةَ (قَوْلُهُ: وَالْمُمَاثَلةُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ) بَيَانُ عليَّة القَدْرِ وَالجنْسِ لوُجُوب الْمُمَاثَلة بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ وَذَلكَ لأَنَّ الْمُمَاثَلةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ (باعْتبَارِ الصُّورَة وَالْمَعْنَى) وَهُوَ وَاضحٌ (وَالمعْيَار يَسْوَى الذَّاتَ) أَيْ الصُّورَةَ (وَالجنْسيَّةُ تَسْوَى الْمَعْنَى) فَإِنَّ كَيْلا منْ بُرٌّ يُسَاوي كَيْلا منْ دُرٌّ منْ حَيْثُ القَدْرُ وَالصُّورَةُ لا منْ حَيْثُ الْمَعْنَى، وَكَذَلكَ قَفيزُ حنْطَة بقَفيز شَعيرٍ يَتَسَاوَيَان صُورَةً لا مَعْنًى. وَلقَائلٍ أَنْ يَقُول: قَدْ تَبَيَّنَ أَنَّ **الْمُمَاثلةَ شَرْطٌ لجَوَازِ البَيْعِ فِي الرِّبَوِيَّات**، وَعَللتُمُوهَا بالقَدْرِ وَالجنْسِ فَكَانَ ذَلكَ تَعْليلا لإِثْبَاتِ الشَّرْط وَذَلكَ بَاطلٌ. وَالجَوَابُ أَنَّ التَّعْليل للشَّرْط لا يَجُوزُ لإِثْبَاته ابْتدَاءً.

وَأَمَّا بطَرِيقِ التَّعْديَة منْ أَصْلٍ فَيَجُوزُ عنْدَ جُمْهُورِ الأُصُوليِّينَ، وَهُوَ اخْتيَارُ الإِمَام الْمُحقِّقِ فَخْرِ الإِسْلامِ وَصَاحب الميزَان وَمَا نَحْنُ فيه كَذَلكَ؛ لأَنَّ النَّصَّ أَوْجَبَ الْمُمَاثلة فِي الأَشْيَاءِ السِّتَّة شَرْطًا فَأَثْبَتْنَاهُ فِي غَيْرِهَا تَعْديَةً فَكَانَ جَائزًا، فَإِذَا ثَبَتَ وُجُوبُ الْمُمَاثلة شَرْطًا وَهيَ بِالكَيْل وَالجنْسِ (يَظْهَرُ الفَضْلُ عَلى ذَلكَ، فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا لأَنَّ الرِّبَا هُوَ الفَضْلُ الْمُسْتَحَقُّ لأَحَد الْمُتَعَاقدَيْنِ فِي الْمُعَاوَضَة الخَالي عَنْ عوَضٍ شُرِطَ فيه) أَيْ فِي العَقْد قَال

(وَلا يُعْتَبَرُ الوَصْفُ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْرِيرُهُ أَنَّ المُمَاثَلَةَ كَمَا تَكُونُ بِالقَدْرِ وَالجِنْسِ تَكُونُ بِالوَصْفِ.

وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ: وَلا يُعْتَبَرُ الوَصْفُ لأَنَّهُ لا يُعَدُّ تَفَاوُتًا عُرْفًا، فَإِنْ اسْتَوَتْ الذَّاتَانِ صُورَةً وَمَعْنًى تَسَاوَيَا فِي المَالِيَّةِ، وَالفَضْلُ مِنْ حَيْثُ الجَوْدَةُ سَاقِطُ العِبْرَةِ فِي المَكِيلاتِ لأَنَّ النَّاسَ لا يَعُدُّونَ ذَلِكَ إلا مِنْ بَابِ اليَسِيرِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَا تَفَاضَلا فِي القِيمَةِ فِي العُرْفِ (أَوْ لأَنَّ فِي اعْتِبَارِهِ سَدَّ بَابِ البِيَاعَاتِ) لأَنَّ الحِنْطَةَ لا تَكُونُ مِثْلا لِلحِنْطَةِ مِنْ كُلِ وَجْهٍ، وَالمُرَادُ البِيَاعَاتُ فِي الرِّبَوِيَّاتِ لا مُطْلَقُ البِيَاعَاتِ؛ لأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الجَوْدَةِ فِي الرِّبَوِيَّاتِ لَيْسَ سَدَّ بَابِ مُطْلَقِ البِيَاعَاتِ أَوْ لِقَوْلِهِ ﷺ «**جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ**» قَال (وَالطَّعْمُ وَالثَّمَنِيَّةُ) جَوَابٌ عَنْ جَعْلِهِ الطَّعْمَ وَالثَّمَنِيَّةَ عِلَّةً لِلحُرْمَةِ، وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ ذَلِكَ فَاسِدٌ؛ لأَنَّهُمَا يَقْتَضِيَانِ خِلافَ مَا أُضِيفَ إِلَيْهِمَا؛ لأَنَّهُمَا لَمَّا كَانَا مِنْ أَعْظَمِ وُجُوهِ المَنَافِعِ كَانَ السَّبِيلُ فِيهِ الإِطْلاقَ لِشِدَّةِ الحَاجَةِ دُونَ التَّضْيِيقِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ الحَاجَةَ إِذَا اشْتَدَّتْ أَثَّرَتْ فِي إِبَاحَةِ الحَرَامِ حَالَةَ الاضْطِرَارِ فَكَيْفَ تُؤَثِّرُ حُرْمَةُ المُبَاحِ، بَل سُنَّةُ اللهِ جَرَتْ فِي التَّوْسِيعِ فِيمَا كَثُرَ إِلَيْهِ الاحْتِيَاجُ كَالهَوَاءِ وَالمَاءِ وَعَلَفِ الدَّوَابِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَعَلَى هَذَا فَالأَصْلُ فِي هَذِهِ الأَمْوَالِ جَوَازُ البَيْعِ بِشَرْطِ المُسَاوَاةِ وَالفَسَادُ لِوُجُودِ المُفْسِدِ، فَلا تَكُونُ المُسَاوَاةُ مُخَلِصًا عَنْ الحُرْمَةِ.

إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ إِذًا: **بَيْعُ المَكِيلِ أَوْ المَوْزُونِ بِجِنْسِهِ مِثْلا بِمِثْلٍ** جَازَ البَيْعُ فِيهِ لِوُجُوبِ شَرْطِ الجَوَازِ، وَهُوَ المُمَاثَلَةُ فِي المِعْيَارِ؛ أَلا تَرَى إِلَى مَا يُرْوَى مَكَانَ قَوْلِهِ، مِثْلا بِمِثْلٍ كَيْلا بِكَيْلٍ، وَفِي الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ (وَإِنْ تَفَاضَلا لَمْ يَجُزْ) لِتَحَقُّقِ الرِّبَا وَلا يَجُوزُ (**بَيْعُ الجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا** إلا مِثْلا بِمِثْلٍ) لإِهْدَارِ التَّفَاوُتِ فِي الوَصْفِ (وَيَجُوزُ **بَيْعُ الحَفْنَةِ بِالحَفْنَتَيْنِ وَالتُّفَّاحَةِ بِالتُّفَّاحَتَيْنِ**) لأَنَّ المُسَاوَاةَ بِالمِعْيَارِ وَلَمْ يُوجَدْ فَلَمْ يَتَحَقَّقْ الفَضْلُ.

وَلِهَذَا كَانَ مَضمُونًا بِالقِيمَةِ عِندَ الإِتلافِ. وَعِندَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ العِلَّةُ هِيَ الطُّعمُ وَلا مُخَلِصَ وَهُوَ المُسَاوَاةُ فَيَحرُمُ، وَمَا دُونَ نِصفِ الصَّاعِ فَهُوَ فِي حُكمِ الحَفنَةِ لأَنَّهُ لا تَقدِيرَ فِي الشَّرعِ بِمَا دُونَهُ، وَلَو تَبَايَعَا مَكِيلا أَو مَوزُونًا غَيرَ مَطعُومٍ بِجِنسِهِ مُتَفَاضِلا كَالجِصِّ وَالحَدِيدِ لا يَجُوزُ عِندَنَا لِوُجُودِ القَدرِ وَالجِنسِ. وَعِندَهُ يَجُوزُ لِعَدَمِ الطُّعمِ وَالثَّمَنِيَّةِ.

الشرح:

(وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَقْرِيرِ الأَصْلِ مِنْ الجَانِبَيْنِ نَقُولُ: إِذَا **بِيعَ المَكِيلُ أَوْ المَوْزُونُ بِجِنْسِه مِثْلا بِمِثْلٍ) أَيْ كَيْلا بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنًا بِوَزْنٍ** (جَازَ البَيْعُ) لِوُجُودِ المُقْتَضِي وَهُوَ المُبَادَلَةُ المَعْهُودَةُ فِي العُقُودِ مَعَ وُجُودِ شَرْطِهِ وَهُوَ المُمَاثَلَةُ فِي المِعْيَارِ كَمَا وَرَدَ فِي المَرْوِيِّ، وَإِنْ تَفَاضَلا لَمْ يَجُزْ لِتَحَقُّقِ الرِّبَا بِانْتِفَاءِ الشَّرْطِ، وَالجَوْدَةُ سَاقِطَةٌ فَلا يَجُوزُ **بَيْعُ الجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ** إلا مُتَمَاثِلا. قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الحَفْنَةِ بِالحَفْنَتَيْنِ) أَيْ وَمِمَّا يَتَرَتَّبُ عَلَى الأَصْلِ المَذْكُورِ جَوَازُ **بَيْعِ الحَفْنَةِ بِالحَفْنَتَيْنِ وَالتُّفَّاحَةِ بِالتُّفَّاحَتَيْنِ**؛ لأَنَّ عَدَمَ الجَوَازِ بِتَحَقُّقِ الفَضْلِ وَتَحَقُّقُ الفَضْلِ يَظْهَرُ بِعَدَمِ وُجُودِ المُسَاوَاةِ وَالمُسَاوَاةُ بِالكَيْلِ، وَلا كَيْلَ فِي الحَفْنَةِ وَالحَفْنَتَيْنِ فَتَنْتَفِي المُمَاثَلَةُ فَيَنْتَفِي تَحَقُّقُ الفَضْلِ، وَاسْتَوْضَحَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ (وَلِهَذَا) أَيْ وَلأَنَّ الحَفْنَةَ وَالحَفْنَتَيْنِ لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ المِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ وَلِهَذَا (كَانَ مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ عِنْدَ الإِتْلافِ) لا مِثْلِهَا، فَلَوْ بَقِيَتْ مَكِيلَةً أَوْ مَوْزُونَةً لَوَجَبَ مِثْلُهَا فَإِنَّ المَكِيلاتِ وَالمَوْزُونَاتِ كُلَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ دُونَ القِيَمِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ عِلَّةَ الحُرْمَةِ وَهُوَ الطَّعْمُ وَقَدْ وُجِدَتْ وَالمُخَلِّصُ المُسَاوَاةُ وَلَمْ تُوجَدْ، وَعَلَى هَذَا لا يَجُوزُ عِنْدَهُ بَيْعُ حَفْنَةٍ بِحَفْنَةٍ وَتُفَّاحَةٍ بِتُفَّاحَةٍ لِوُجُودِ الطَّعْمِ وَعَدَمِ المُسَوِّي، وَمَا دُونَ نِصْفِ صَاعٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ الحَفْنَةِ؛ فَلَوْ بَاعَ **خَمْسَ حَفَنَاتٍ مِنْ الحِنْطَةِ بِستِّ حَفَنَاتٍ مِنْهَا وَهُمَا لَمْ يَبْلُغَا حَدَّ نِصْفِ الصَّاعِ** جَازَ البَيْعُ عِنْدَنَا؛ لأَنَّهُ لا تَقْدِيرَ فِي الشَّرْعِ بِمَا دُونَهُ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ البَدَلَيْنِ بَلَغَ حَدَّ نِصْفِ الصَّاعِ وَالآخَرُ لَمْ يَبْلُغْهُ فَلا يَجُوزُ كَذَا فِي المَبْسُوطِ، وَمِنْ ذَلِكَ مَا (إِذَا **تَبَايَعَا مَكِيلا أَوْ مَوْزُونًا غَيْرَ مَطْعُومٍ بِجِنْسِه مُتَفَاضِلا كَالجِصِّ وَالحَدِيدِ**) فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ عِنْدَنَا لِوُجُودِ القَدْرِ وَالجِنْسِ، وَعِنْدَهُ يَجُوزُ لِعَدَمِ الطَّعْمِ وَالثَّمَنِيَّةِ.

قَالَ (وَإِذَا عُدِمَ الوَصفَانِ الجِنسُ وَالمَعنَى المَضمُومُ إِليهِ حَلَّ التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاءُ) لِعَدَمِ العِلَّةِ المُحَرِّمَةِ وَالأَصلُ فِيهِ الإِبَاحَةُ. وَإِذَا وُجِدَا. حَرُمَ التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاءُ لِوُجُودِ العِلَّةِ. وَإِذَا وُجِدَ أَحَدُهُمَا وَعُدِمَ الآخَرُ حَلَّ التَّفَاضُلُ وَحَرُمَ النَّسَاءُ مِثل أَن يُسلِمَ هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ أَو حِنطَةً فِي شَعِيرٍ، فَحُرمَةُ رِبَا الفَضلِ بِالوَصفَينِ وَحُرمَةُ النَّسَاءِ بِأَحَدِهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الجِنسُ بِانفِرَادِهِ لا يُحَرِّمُ النَّسَاءَ لأَنَّ بِالنَّقدِيَّةِ وَعَدَمِهَا لا يَثبُتُ إِلا شُبهَةُ الفَضلِ،

وَحَقِيقَةُ الفَضل غَيرُ مَانِعٍ فِيهِ حَتَّى يَجُوزَ بَيعُ الوَاحِدِ بِالاثنَينِ فَالشُّبهَةُ أَولى. وَلنَا أَنَّهُ مَالُ الرِّبَا مِن وَجهٍ نَظَرًا إلى القَدرِ أَو الجِنسِ وَالنَّقدِيَّةُ أَوجَبَت فَضلا فِي المَالِيَّةِ فَتَتَحقَّقَ شُبهَةُ الرِّبَا وَهِيَ مَانِعَةٌ كَالحَقِيقَةِ، إلا أَنَّهُ إذَا أَسلمَ النُّقُودَ فِي الزَّعفَرَانِ وَنَحوِهِ يَجُوزُ، وَإِن جَمَعَهُمَا الوَزنُ لأَنَّهُمَا لا يَتَّفِقَانِ فِي صِفَةِ الوَزن، فَإِنَّ الزَّعفَرَانَ يُوزَنُ بِالأَمنَاءِ وَهُوَ مُثَمَّنٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ، وَالنُّقُودُ تُوزَنُ بِالسَّنَجَاتِ وَهُوَ ثَمَنٌ لا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ. وَلَو بَاعَ بِالنُّقُودِ مُوَازَنَةً وَقَبَضَهَا صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيهَا قَبل الوَزنِ، وَفِي الزَّعفَرَانِ وَأَشبَاهِهِ لا يَجُوزُ، فَإِذَا اختَلَفَا فِيهِ صُورَةً وَمَعنًى وَحُكمًا لم يَجمَعهُمَا القَدرُ مِن كُل وَجهٍ فَتَتَنزِلُ الشُّبهَةُ فِيهِ إلى شُبهَةِ الشُّبهَةِ وَهِيَ غَيرُ مُعتَبَرَةٍ.

الشرح:

قَال: (فَإِذَا عَدِمَ الوَصْفَان) إذَا ثَبَتَ أَنَّ علةَ **الحُرْمَة** شَيْئَان، فَإِمَّا أَنْ يُوجَدَا أَوْ يَعْدَمَا أَوْ يُوجَدَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ، فَالأَوَّلُ مَا تَقَدَّمَ، وَالثَّانِي يَظْهَرُ عِنْدَهُ حِلُّ التَّفَاضُلِ وَالنَّسَاءِ لِعَدَمِ العلة المُحَرِّمَة، وَتَحْقِيقُهُ مَا أَشَارَ إلَيْه بِقَوْله (وَالأَصْلُ فِيه الإِبَاحَةُ) يَعْنِي إذَا كَانَتْ أَصْلا وَقَدْ تُرِكَتْ لِوُجُود العلة التِي هِيَ القَدْرُ، وَالجِنْسُ يَظْهَرُ عِنْدَ عَدَمهمَا لا أَنَّ العَدَمَ يُثْبِتُ شَيْئًا، فَإِذَا وُجِدَ أَحَدُهُمَا وَعَدِمَ الآخَرُ حَل التَّفَاضُلُ وَحَرُمَ النَّسَاءُ (مِثْل أَنْ يُسْلِمَ **هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ أَوْ حِنْطَةً فِي شَعِيرٍ**، فَحُرْمَةُ الفَضْل بِالوَصْفَيْنِ وَحُرْمَةُ النَّسَاءِ بِأَحَدِهِمَا) حَتَّى لَوْ بَاعَ **عَبْدًا بِعَبْد إلى أَجَلٍ** لا يَجُوزُ لِوُجُود الجِنْسِيَّة وَعِنْدَهُ يَجُوزُ (وَقَال الشَّافعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: الجِنْسُ بِانْفِرَادِه لا يُحَرِّمُ النَّسَاءَ؛ لأَنَّ بِالنَّقْدِيَّة وَعَدَمِهَا لا يَثْبُتُ إلا شُبْهَةُ الفَضْل) بِالاتِّفَاق (وَحَقِيقَةُ الفَضْل غَيْرُ مَانِعٍ) مِنْ الجَوَازِ فِي الجِنْسِ حَتَّى جَازَ **بَيْعُ الهَرَوِيِّ بِالهَرَوِيَّيْنِ وَالعَبْد بِالعَبْدَيْنِ** (فَالشُّبْهَةُ أَوْلى) قِيل لَيْسَ فِي تَخْصِيصِ الجِنْسِ بِالذِّكْرِ فِي عَدَمِ تَحْرِيمِ النَّسَاءِ زِيَادَةُ فَائِدَةٍ.

فَإِنَّ القَدْرَ عِنْدَهُ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ **إسْلامُ المَوْزُونَات فِي المَوْزُونَات كَالحَدِيد وَالرَّصَاصِ**. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَال: إنَّمَا خَصَّهُ بِالذِّكْرِ؛ لأَنَّ الحُكْمَ وَهُوَ حُرْمَةُ النَّسَاءِ إنَّمَا لَمْ يُوجَدْ عِنْدَهُ فِي صُورَةِ الجِنْسِ، وَأَمَّا فِي صُورَةِ القَدْرِ فَقَدْ يُوجَدُ، فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ **بَيْعُ الذَّهَب بِالفِضَّة** نَسِيئَةً وَكَذَا **بَيْعُ الحِنْطَة بِالشَّعِيرِ**، وَإِنْ كَانَ علةُ ذَلكَ عِنْدَهُ غَيْرَ القَدْرِ وَهُوَ أَنَّ التَّقَابُضَ شَرْطٌ فِي الصَّرْفِ وَبَيْعِ الطَّعَامِ عِنْدَهُ. وَلَنَا مَا قَال المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ

مِنْ أَنَّهُ مَالُ الرِّبَا مِنْ وَجْهٍ وَتَحْقِيقُهُ مَا ثَبَتَ أَنَّ فِي بَابِ الرِّبَا حَقِيقَةً وَشُبْهَةً لا نِزَاعَ فِي ذَلِكَ، وَالشُّبْهَةُ إِذَا انْفَرَدَتْ عَنْ الحَقِيقَةِ تَحْتَاجُ إِلَى مَحَلٍّ وَعِلَةٍ كَالحَقِيقَةِ، وَلا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّهَا وَعِلَتُهَا مَحَلَ الحَقِيقَةِ وَعِلَتِهَا، وَإِلا لَكَانَتْ حَقِيقَةً أَوْ مُقَارِنَةً لَهَا وَهُوَ خِلافُ الفَرْضِ فَلا بُدَّ مِنْ شُبْهَةِ مَحَلٍّ وَشُبْهَةِ عِلَةٍ، وَمَا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا النَّسِيئَةُ مَالُ الرِّبَا مِنْ وَجْهٍ نَظَرًا إِلَى أَنَّ القَدْرَ يَجْمَعُهُمَا كَمَا فِي الحِنْطَةِ مَعَ الشَّعِيرِ أَوْ الجِنْسِ كَالهَرَوِيِّ مَعَ الهَرَوِيِّ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا نَقْدًا وَالآخَرُ نَسِيئَةً وَكُلُّ عِلَةٍ ذَاتُ وَصْفَيْنِ مُؤَثِّرَيْنِ لا يَتِمُّ نِصَابُ العِلَةِ إِلا بِهِمَا فَلِكُلٍّ مِنْهُمَا شُبْهَةُ العِلِّيَّةِ وَشُبْهَةُ العِلَةِ تَثْبُتُ بِهَا شُبْهَةُ الحُكْمِ وَالنَّقْدِيَّةُ أَوْجَبَتْ فَضْلا فِي المَالِيَّةِ، فَتَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الرِّبَا فِي مَحَلٍّ صَالِحٍ بِعِلَةٍ صَالِحَةٍ لَهَا وَشُبْهَةُ الرِّبَا مَانِعَةٌ كَالحَقِيقَةِ، وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا مَا قِيلَ إِنَّ كَوْنَهُ مِنْ مَالِ الرِّبَا مِنْ وَجْهٍ شُبْهَةٌ وَكَوْنُ النَّقْدِيَّةِ أَوْجَبَتْ فَضْلا شُبْهَةٌ فَصَارَ شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ، وَالشُّبْهَةُ هِيَ المُعْتَبَرَةُ دُونَ النَّازِلِ عَنْهَا. وَالثَّانِي أَنَّ كَوْنَ شُبْهَةِ الرِّبَا كَالحَقِيقَةِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا أَوْ فِي مَحَلِ الحَقِيقَةِ، وَالأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي مُسَلمٌ، لكِنَّهَا كَانَتْ جَائِزَةً فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ الشُّبْهَةُ كَذَلِكَ.

وَالجَوَابُ عَنْ الأُولى أَنَّ الشُّبْهَةَ الأُولى فِي المَحَلِ وَالثَّانِيَةَ فِي الحُكْمِ. وَثَمَّةَ شُبْهَةٌ أُخْرَى وَهِيَ التِي فِي العِلَةِ وَشُبْهَةُ العِلَةِ وَالمَحَلِ تَثْبُتُ بِهَا شُبْهَةُ الحُكْمِ لا شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ. وَعَنْ الثَّانِي أَنَّ القِسْمَةَ غَيْرُ حَاصِرَةٍ بَل الشُّبْهَةُ مَانِعَةٌ فِي مَحَلِ الشُّبْهَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، كَمَا أَنَّ الحَقِيقَةَ مَانِعَةٌ فِي مَحَلِهَا إِذَا وُجِدَتْ العِلَةُ بِكَمَالِهَا. فَإِنْ قِيلَ: مَا بَالُ المُصَنِّفِ رَحِمَهُ اللهُ لَمْ يَسْتَدِل لِلجَانِبَيْنِ بِالأَحَادِيثِ التِي تَدُلُّ عَلَى كُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، كَمَا اسْتَدَلَ بَعْضُ الشَّارِحِينَ بِمَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ العَاصِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَهَّزَ جَيْشًا فَأَمَرَنِي أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيرًا بِبَعِيرَيْنِ إِلَى أَجَلٍ» لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ وَبِمَا رَوَى أَبُو دَاوُد فِي السُّنَنِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ «**نَهَى عَنْ بَيْعِ الحَيَوَانِ بِالحَيَوَانِ نَسِيئَةً**» لَنَا.

فَالجَوَابُ أَنَّ جَهَالَةَ التَّارِيخِ وَتَطَرُّقَ الاحْتِمَالاتِ لِلتَّأْوِيلِ مَنَعَاهُ عَنْ ذَلِكَ. فَإِنْ قِيلَ: إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ عَلَى حُرْمَةِ النَّسَاءِ فَكَانَ الاسْتِدْلالُ بِهِ أَوْلى مِنْ المَذْكُورِ فِي الكِتَابِ. فَالجَوَابُ أَنَّ الخَصْمَ إِنْ سَلمَ الإِجْمَاعَ فَلهُ أَنْ يَقُولَ إِنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلَى النَّسَاءِ فِي كَمَالِ العِلَةِ لا فِي شُبْهَتِهَا. وَقَوْلُهُ: (إِلا أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ فَإِذَا وُجِدَ

أَحَدُهُمَا وَعَدَمَ الآخَرُ حَل التَّفَاضُلُ وَحَرُمَ النَّسَاءُ فَإِنَّ ذَلكَ يَقْتَضِي عَدَمَ إسْلامِ النُّقُودِ فِي الزَّعْفَرَانِ لوُجُودِ الوَزْنِ كَإِسْلامِ الحَدِيدِ فِي الصُّفْرِ فَاسْتُثْنِيَ الزَّعْفَرَانُ وَنَحْوُهُ كَالقُطْنِ وَالحَدِيدِ؛ لأَنَّهُ وَإِنْ جَمَعَهُمَا الوَزْنُ لكِنَّهُمَا يَخْتَلفَانِ فِي صِفَةِ الوَزْنِ وَمَعْنَاهُ وَحُكْمِه. أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ الزَّعْفَرَانَ يُوزَنُ بالأَمْنَاءِ وَالنُّقُودُ بالصَّنَجَاتِ وَهِيَ مُعَرَّبَةُ سنك تَرَزُون.

وَنُقِل عَنْ الفَرَّاءِ أَنَّ السِّينَ أَفْصَحُ، وَنُقِل عَنْ ابْنِ السِّكِّيتِ الصَّنَجَاتُ وَلا يُقَالُ بالسِّين. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّ الزَّعْفَرَانَ مُثَمَّنٌ يَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ وَالنُّقُودَ ثَمَنٌ لا يَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِين. وَأَمَّا الثَّالثُ فَلأَنَّهُ لوْ بَاعَ بالنُّقُودِ مُوَازَنَةً بِأَنْ **يَقُول اشْتَرَيْت هَذَا الزَّعْفَرَانَ بهَذَا النَّقْد المُشَارِ إليْه عَلى أَنَّهُ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ مَثَلا فَقَبَضَهُ البَائِعُ** صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيه قَبْل الوَزْنِ. وَلوْ بَاعَ **الزَّعْفَرَانَ بشَرْط أَنَّهُ مَنَوَانِ مَثَلا وَقَبلهُ المُشْتَرِي** ليْسَ لهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيه حَتَّى يُعِيدَ الوَزْنَ (وَإِذَا اخْتَلفَا فِي الوَزْنِ صُورَةً وَمَعْنًى وَحُكْمًا لمْ يَجْمَعْهُمَا القَدْرُ مِنْ كُل وَجْه فَتَنْزِلُ الشُّبْهَةُ فِيه إلى شُبْهَةِ الشُّبْهَة) فَإِنَّ المَوْزُونَيْنِ إذَا اتَّفَقَا فَالمَنْعُ للشُّبْهَة، فَإِذَا لمْ يَتَّفِقَا كَانَ ذَلكَ لشُبْهَةِ الوَزْنِ وَالوَزْنُ وَحْدَهُ شُبْهَةٌ فَكَانَ ذَلكَ شُبْهَةَ الشُّبْهَة (وَهِيَ غَيْرُ مُعْتَبَرَة) لا يُقَالُ: لمْ يَخْرُجَا بذَلكَ عَنْ كَوْنِهمَا مَوْزُونَيْنِ فَقَدْ جَمَعَهُمَا الوَزْنُ؛ لأَنَّ انْطلاقَ الوَزْنِ عَليْهِمَا حِينَئِذٍ للاشْتِرَاكِ اللفْظِيِّ ليْسَ إلا، وَهُوَ لا يُفِيدُ الاتِّحَادَ بَيْنَهُمَا فَصَارَ كَأَنَّ الوَزْنَ لمْ يَجْمَعْهُمَا حَقِيقَةً. وَفِي عِبَارَةِ المُصَنِّف رَحِمَهُ اللهُ تَسَامُحٌ، فَإِنَّهُ قَال: فَإِذَا اخْتَلفَا صُورَةً وَلمْ يَخْتَلفَا صُورَةً، وَلهَذَا قَال شَمْسُ الأَئِمَّة: بَل نَقُولُ اتِّفَاقُهُمَا فِي الوَزْنِ صُورَةً لا مَعْنًى وَحُكْمًا، إلا إذَا حُمِل قَوْلُهُ:

صُورَةً عَلى أَنَّ مَعْنَاهُ صِفَةً كَمَا قَال فِي أَوَّل التَّعْليل فِي صِفَةِ الوَزْنِ فَذَاكَ اعْتِبَارٌ زَائِدٌ عَلى مَا ذَكَرَهُ شَمْسُ الأَئِمَّة. وَقَال العِرَاقِيُّونَ فِي وَجْه ذَلكَ: إنَّمَا جَازَ؛ لأَنَّ الشَّرْعَ رَخَّصَ فِي السَّلمِ وَالأَصْلُ فِي رَأْسِ المَال هُوَ النُّقُودُ، فَلوْ لمْ يُجَوِّزْ لوُجُودِ أَحَدِ الوَصْفَيْنِ لا نَسُدُّ بَابَ السَّلمِ فِي المَوْزُونَاتِ عَلى مَا هُوَ الأَصْلُ وَالغَالبُ، فَأَثَّرَ شَرْعُ الرُّخْصَةِ فِي التَّجْوِيزِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ مِنْ الفَرْق. قَال شَمْسُ الأَئِمَّة وَلكِنَّ هَذَا كَلامُ مَنْ يُجَوِّزُ تَخْصِيصَ العِلل وَلسْنَا نَقُولُ بِه.

قال (وَكُلُّ شَيءٍ نَصَّ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلى تَحرِيمِ التَّفَاضُل فِيهِ كَيلا فَهُوَ مَكِيلٌ أَبَدًا، وَإِنَّ تَرَكَ النَّاسُ الكَيل فِيهِ مِثل الحِنطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمرِ وَالمِلحِ وَكُلُّ مَا نَصَّ عَلى

تَحرِيمِ التَّفَاضُل فِيهِ وَزنًا فَهُوَ مَوزُونٌ أَبَدًا، وَإِن تَرَكَ النَّاسُ الوَزنَ فِيهِ مِثلُ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ) لأَنَّ النَّصَّ أَقوَى مِن العُرفِ وَالأَقوَى لا يُترَكُ بِالأَدنَى (وَمَا لم يَنُصَّ عَليهِ فَهُوَ مَحمُولٌ عَلَى عَادَاتِ النَّاسِ) لأَنَّهَا دَلالَةٌ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعتَبَرُ العُرفُ عَلَى خِلافِ المَنصُوصِ عَليهِ أَيضًا لأَنَّ النَّصَّ عَلَى ذَلكَ لمَكَانِ العَادَةِ فَكَانَت هِيَ المَنظُورُ إِليهَا وَقَد تَبَدَّلت، فَعَلَى هَذَا لو بَاعَ الحِنطَةَ بِجِنسِهَا مُتَسَاوِيًا وَزنًا، أَو الذَّهَبَ بِجِنسِهِ مُتَمَاثِلا كَيلا لا يَجُوزُ عِندَهُمَا، وَإِن تَعَارَفُوا ذَلكَ لتَوَهُّمِ الفَضل عَلَى مَا هُوَ المِعيَارُ فِيهِ، كَمَا إِذَا بَاعَ مُجَازَفَةً إِلا أَنَّهُ يَجُوزُ الإِسلامُ فِي الحِنطَةِ وَنَحوِهَا وَزنًا لوُجُودِ الإِسلامِ فِي مَعلُومٍ. قَال (وَكُلُّ مَا يُنسَبُ إِلى الرَّطل فَهُوَ وَزنِيٌّ) مَعنَاهُ مَا يُبَاعُ بِالأَوَاقِي لأَنَّهَا قُدِّرَت بِطَرِيقِ الوَزنِ حَتَّى يُحتَسَبَ مَا يُبَاعُ بِهَا وَزنًا، بِخِلافِ سَائِرِ المَكَايِيل، وَإِذَا كَانَ مَوزُونًا فَلو بِيعَ بِمِكيَالٍ لا يُعرَفُ وَزنُهُ بِمِكيَالٍ مِثلهِ لا يَجُوزُ لتَوَهُّمِ الفَضل فِي الوَزنِ بِمَنزِلةِ المُجَازَفَةِ.

الشرح:

(قَال وَكُلُّ شَيْءٍ نَصَّ رَسُولُ الله ﷺ عَلى تَحْرِيمِ التَّفَاضُل فيه كَيْلا) كَالحِنْطَة وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالملحِ فَهُوَ مَكيلٌ أَبدًا وَإِنْ تَرَكَ النَّاسُ الكَيْل فِيه وَكُلُّ مَا نَصَّ عَلى التَّحْرِيمِ فِيه وَزْنًا) كَالذَّهَبِ وَالفضَّة (فَهُوَ مَوْزُونٌ أَبَدًا)؛ لأَنَّ النَّصَّ أَقْوَى مِنْ العُرْف لكَوْنه حُجَّةً عَلى مَنْ تَعَارَفَ وَعَلى مَنْ لمْ يَتَعَارَفْ، وَالعُرْفُ ليْسَ بِحُجَّةٍ إلا عَلى مَنْ تَعَارَفَ به.

وَالأَقْوَى لا يُتْرَكُ بِالأَدْنَى (وَمَا لمْ يُنَصَّ عَليْه فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلى عَادَات النَّاسِ؛ لأَنَّهَا) أَيْ عَادَات النَّاسِ (دَلالةٌ) عَلى جَوَازِ الحُكْمِ فِيمَا وَقَعَتْ عَليْه لقَوْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**مَا رَآهُ المُسْلمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ الله حَسَنٌ**» (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ الله اعْتبَارُ العُرْف عَلى خلاف المَنْصُوصِ عَليْه أَيْضًا؛ لأَنَّ النَّصَّ عَلى ذَلكَ) أَيْ عَلى الكَيْل فِي المَكيل وَالوَزْنِ فِي المَوْزُون فِي ذَلكَ الوَقْت إنَّمَا كَانَ للعَادَة فيه، فَكَانَ المَنْظُورُ إليْه هُوَ العَادَةَ فِي ذَلكَ الوَقْت وَقَدْ تَبَدَّلتْ فَيَجبُ أَنْ يَثْبُتَ الحُكْمُ عَلى وِفَاق ذَلكَ (وَعَلى ذَلكَ لوْ بَاعَ **حِنْطَةً بِجِنْسِهَا مُتَسَاوِيًا وَزْنًا أَوْ ذَهَبًا بِجِنْسه مُتَمَاثلا كَيْلا**) جَازَ عِنْدَهُ إذَا تَعَارَفُوا ذَلكَ، وَلا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد رَحِمَهُمَا الله وَإِنْ تَعَارَفُوهُ لتَوَهُّمِ الفَضْل عَلى مَا هُوَ المِعْيَارُ فِيه كَمَا إذَا بَاعَ مُجَازَفَةً، لكِنْ يَجُوزُ الإِسْلامُ فِي الحِنْطَة

وَنَحْوِهَا وَزْنًا عَلى مَا اخْتَارَهُ الطَّحَاوِيُّ لِوُجُودِ الإِسْلامِ فِي مَعْلُومٍ.

فَإِنَّ المُمَاثَلَةَ لَيْسَتْ بِمُعْتَبَرَةٍ فِيهِ، إِنَّمَا المُعْتَبَرُ هُوَ الإِعْلامُ عَلى وَجْهٍ يَنْفِي المُنَازَعَةَ فِي التَّسْلِيمِ، وَذَلِكَ كَمَا يَحْصُلُ بِالكَيْلِ يَحْصُلُ بِذِكْرِ الوَزْنِ، وَذَكَرَ فِي التَّتِمَّةِ أَنَّهُ ذَكَرَ فِي المُجَرَّدِ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لا يَجُوزُ فَكَانَ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ.

قَالَ المُصَنِّفُ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ العُرْفُ عَلى اخْتِلافِ المَنْصُوصِ عَلَيْهِ أَيْضًا؛ لأَنَّ النَّصَّ عَلى ذَلِكَ لِمَكَانِ العَادَةِ وَكَانَتْ هِيَ المَنْظُورَ إِلَيْهَا وَقَدْ تَبَدَّلَتْ) أَقُولُ: اسْتِقْرَاضُ الدَّرَاهِمِ عَدَدًا وَبَيْعُ الدَّقِيقِ وَزْنًا عَلى مَا هُوَ المُتَعَارَفُ فِي زَمَانِنَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَبْنِيًّا عَلى هَذِهِ الرِّوَايَةِ. قَالَ (وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلى الرِّطْلِ فَهُوَ وَزْنِيٌّ) الرِّطْلُ بِالكَسْرِ وَالفَتْحِ نِصْفُ مَنٍّ، وَالأَوَاقِي جَمْعُ أُوقِيَّةٍ كَأُثْفِيَّةٍ وَإِثَافٍ. قِيلَ هِيَ وَزْنُ سَبْعَةِ مَثَاقِيلَ: وَذَكَرَ فِي الصِّحَاحِ أَنَّهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا تَخْتَلِفُ بِالزَّمَانِ وَالمَكَانِ، وَكُلُّ مَا يُبَاعُ بِالأَوَاقِي فَهُوَ وَزْنِيٌّ؛ لأَنَّهَا قُدِّرَتْ بِطَرِيقِ الوَزْنِ، إِذْ تَعْدِيلُهَا إِنَّمَا يَكُونُ بِالوَزْنِ وَلِهَذَا يُحْتَسَبُ مَا يُبَاعُ بِالأَوَاقِي وَزْنًا، بِخِلافِ سَائِرِ المَكَايِيلِ مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ؛ لأَنَّهَا قُدِّرَتْ: يَعْنِي أَنَّ سَائِرَ المَكَايِيلِ لَوْ تُقَدَّرُ بِالوَزْنِ فَلا يَكُونُ لِلوَزْنِ فِيهِ اعْتِبَارٌ، وَعَلى هَذَا إِذَا بِيعَ **المَوْزُونُ بِمِكْيَالٍ لا يُعْرَفُ وَزْنُهُ بِمِكْيَالٍ مِثْلِهِ** لا يَجُوزُ لِتَوَهُّمِ الفَضْلِ فِي الوَزْنِ بِمَنْزِلَةِ المُجَازَفَةِ، وَلَوْ كَانَ المَبِيعُ مَكِيلا جَازَ. وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ بِمِكْيَالٍ لا يُعْرَفُ وَزْنُهُ؛ لأَنَّهُ إِذَا عُرِفَ وَزْنُهُ جَازَ.

قَالَ فِي المَبْسُوطِ: وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ كَيْلُ الرِّطْلِ فَهُوَ مَوْزُونٌ، ثُمَّ قَالَ: يُرِيدُ بِهِ الأَدْهَانَ وَنَحْوَهَا؛ لأَنَّ الرِّطْلَ إِنَّمَا يُعْدَلُ بِالوَزْنِ إِلا أَنَّهُ يَشُقُّ عَلَيْهِمْ وَزْنُ الدُّهْنِ بِالأَمْنَاءِ وَالسَّنَجَاتِ فِي كُلِ وَقْتٍ؛ لأَنَّهُ لا يَسْتَمْسِكُ إِلا فِي وِعَاءٍ وَفِي وَزْنِ كُلِ وِعَاءٍ حَرَجٌ، فَاتُّخِذَ الرِّطْلُ فِي ذَلِكَ تَيْسِيرًا، فَعَرَفْنَا أَنَّ كُلَ الرِّطْلِ بَيْعٌ مَوْزُونٌ فَجَازَ بَيْعُ المَوْزُونِ بِهِ، وَالإِسْلامُ فِيهِ بِذِكْرِ الوَزْنِ.

قَالَ (وَعَقدُ الصَّرفِ مَا وَقَعَ عَلى جِنسِ الأَثمَانِ يُعتَبَرُ فِيهِ قَبضُ عِوَضَيهِ فِي المَجلسِ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ هَاءَ وَهَاءَ»[1] مَعنَاهُ يَدًا بِيَدٍ، وَسَنُبَيِّنُ الفِقهَ فِي الصَّرفِ إِن شَاءَ اللهُ تَعَالى. قَالَ (وَمَا سِوَاهُ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا يُعتَبَرُ فِيهِ

---

(١)أخرجه البخاري في البيوع باب ٥٤، ومسلم في المساقاة حديث ٩٧.

التَّعيِينُ وَلا يُعتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ خِلافًا للشَّافِعِيِّ فِي بَيعِ الطَّعَامِ). لهُ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ فِي الحَدِيثِ المَعرُوفِ «يَدًا بِيَدٍ»[1] وَلأَنَّهُ إذَا لم يُقبَض فِي المَجلسِ فَيَتَعَاقَبُ القَبضُ وَلِلنَّقدِ مَزِيَّةٌ فَتَثبُتُ شُبهَةُ الرِّبَا. وَلنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيَّنٌ فَلا يُشتَرَطُ فِيهِ القَبضُ كَالثَّوبِ، وَهَذَا لأَنَّ الفَائِدَةَ المَطلُوبَةَ إنَّمَا هُوَ التَّمَكُّنُ مِن التَّصَرُّفِ وَيَتَرَتَّبُ ذَلكَ عَلى التَّعيِينِ، بِخِلافِ الصَّرفِ لأَنَّ القَبضَ فِيهِ لِيَتَعَيَّنَ بِهِ؛ وَمَعنَى قَولِهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «يَدًا بِيَدٍ» عَينًا بِعَينٍ، وَكَذَا رَوَاهُ عُبَادَةُ بنُ الصَّامِتِ رَضِيَ اللهُ عَنهُ وَتَعَاقُبُ القَبضِ لا يُعتَبَرُ تَفَاوُتًا فِي المَالِ عُرفًا، بِخِلافِ النَّقدِ وَالمُؤَجَّلِ.

الشرح:

قَال (وَعَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلى جِنْسِ الأَثْمَانِ إلخْ) عَقْدُ الصَّرْفِ مَا وَقَعَ عَلى جِنْسِ الأَثْمَانِ وَهِيَ النُّقُودُ يُعْتَبَرُ فِيه قَبْضُ عِوَضَيْه فِي المَجْلسِ. قَوْلُهُ: (يُعْتَبَرُ فِيه) خَبَرٌ ثَانٍ لقَوْله عَقْدُ الصَّرْفِ؛ وَمَعْنَى يُعْتَبَرُ يَجِبُ لقَوْله ﷺ «**الفِضَّةُ بِالفِضَّةِ هَاءَ وَهَاءَ**» مَعْنَاهُ يَدًا بِيَدٍ، وَقَدْ تَقَدَّمَ دَلالَتُهُ عَلى الوُجُوبِ.

وَهَاءَ مَمْدُودٌ عَلى وَزْنِ هَاعَ وَمَعْنَاهُ خُذْ: أَيْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ المُتَعَاقِدَيْنِ يَقُولُ لِصَاحِبِه هَاءَ فَيَتَقَابَضَانِ، وَفَسَّرَهُ بِقَوْله يَدًا بِيَدٍ جَرًّا إلى إفَادَةِ مَعْنَى التَّعْيِينِ كَمَا نُبَيِّنُ (**وَمَا سِوَى جِنْسِ الأَثْمَانِ) مِنْ الرِّبَوِيَّاتِ (يُعْتَبَرُ فِيه التَّعْيِينُ دُونَ القَبْضِ** خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ) أَيْ فِي كُلِ مَطْعُومٍ سَوَاءٌ بِيعَ بِجِنْسِه كَبَيْعِ كُرِّ حِنْطَةٍ بِكُرِّ حِنْطَةٍ أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِه كَكُرِّ حِنْطَةٍ بِشَعِيرٍ أَوْ تَمْرٍ، فَإِنَّهُ إذَا افْتَرَقَا لا عَنْ قَبْضٍ فَسَدَ العَقْدُ عِنْدَهُ اسْتَدَل عَلى ذَلكَ بِقَوْله ﷺ فِي الحَدِيث المَعْرُوف «**يَدًا بِيَدٍ**» وَالمُرَادُ بِه القَبْضُ؛ لأَنَّ القَبْضَ يَسْتَلزِمُهَا لِكَوْنِهَا آلَةً لهُ فَهِيَ كِنَايَةٌ، وَبِأَنَّهُ إذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي المَجْلسِ يَتَعَاقَبُ القَبْضُ وَلِلنَّقْدِ مَزِيَّةٌ. فَتَثْبُتُ شُبْهَةُ الرِّبَا كَالحَالِ وَالمُؤَجَّلِ (وَلنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيِّنٌ)؛ لأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

وَكُلُّ مَا هُوَ مُتَعَيِّنٌ لا يُشْتَرَطُ فِيه القَبْضُ كَالثَّوْبِ وَالعَبْدِ وَالدَّابَّةِ وَغَيْرِهَا، وَهَذَا أَيْ عَدَمُ اشْتِرَاطِ القَبْضِ فِيمَا يَتَعَيَّنُ؛ لأَنَّ الفَائِدَةَ المَطْلُوبَةَ بِالعَقْدِ إنَّمَا هِيَ التَّمَكُّنُ مِنْ التَّصَرُّفِ وَذَلكَ يَتَرَتَّبُ عَلى التَّعْيِينِ فَلا يَحْتَاجُ إلى القَبْضِ. فَإِنْ قِيل: لوْ كَانَ كَذَلكَ لمَا وَجَبَ القَبْضُ فِي الصَّرْفِ.

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (حديث ٨٠).

أَجابَ بِقَوْلِه بخلافِ الصَّرْفِ، فَإِنَّ القَبْضَ فِيه يَتَعَيَّنُ بِه فَإِنَّ النُّقُودَ لا تَتَعَيَّنُ فِي العُقُودِ. قَوْلُهُ: (وَمَعْنَى قَوْلِ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ) جَوابٌ عَنْ اسْتِدْلالِ الخَصْمِ بالحَدِيثِ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ مَعْنَاهُ عَيْنًا بعَيْنٍ لَمْ يَبْقَ دَليلا لهُ عَلى القَبْضِ، وَالدَّليلُ عَلى ذَلكَ مَا رَوَاهُ عُبَادَةُ بْنُ الصَّامتِ رَضيَ اللهُ عَنْهُ «**عَيْنًا بعَيْنٍ**». وَوَجْهُ الدَّلالة أَنَّ اشْترَاطَ التَّعْيين وَالقَبْضِ جَميعًا المَدْلُول عَلَيْهِمَا بالرِّوَايَتَيْنِ مُنْتَفٍ بالإجْمَاعِ المُركَّب، أَمَّا عِنْدَنَا فَلأَنَّ الشَّرْطَ هُوَ التَّعْيِينُ دُونَ القَبْضِ وَأَمَّا عِنْدَهُ فَبالعَكْسِ فَلا بُدَّ مِنْ حَمْلِ أَحَدِهمَا عَلى الآخَرِ. وَقَوْلُهُ: (يَدًا بِيَدٍ) يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ المُرَادُ به القَبْضُ؛ لأَنَّهُ آلَتُهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَنْ يَكُونَ التَّعْيِينَ؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ بالإِشَارَةِ باليَدِ (وَقَوْلُهُ: عَيْنًا بعَيْنٍ) مُحْكَمٌ لا يَحْتَملُ غَيْرَهُ فَيُحْمَلُ المُحْتَمَلُ عَلى المُحْكَمِ، وَلا يُقَالُ لزِمَكُمْ العَمَلُ بعُمُومِ المُشْتَرَكِ أَوْ الجَمْعُ بَيْنَ الحَقِيقَةِ وَالمَجَازِ؛ لأَنَّكُمْ جَعَلتُمْ يَدًا بِيَدٍ بمَعْنَى القَبْضِ فِي الصَّرْفِ وَبِمَعْنَى العَيْنِ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ؛ لأَنَّا نَقُولُ جَعَلنَاهُ فِي الصَّرْفِ بمَعْنَى القَبْضِ؛ لأَنَّ التَّعْيِينَ فيه لا يَكُونُ إِلا بالقَبْضِ فَهُوَ فِي مَعْنَى العَيْنِ فِي المَحَالِ كُلها، لكنَّ تَعْيِينَ كُل شَيْءٍ بحَسَبِه.

وَنُوقِضَ بأَنَّهُ لوْ كَانَ بمَعْنَى التَّعْيِين لَمَا شُرِطَ القَبْضُ فِي إِنَاءِ ذَهَبٍ بِيعَ بإِنَاءٍ مثْله لِئَلا يَلزَمَ تَعْيِينُ المُعَيَّنِ، فَإِنَّ الإِنَاءَ يَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ عِنْدَكُمْ لكنَّ القَبْضَ شَرْطٌ. وَأُجيبَ بأَنَّهُ وَإِنْ تَعَيَّنَ لكنَّهُ لَمَّا كَانَ ثَمَنًا خلقَةً كَانَ فِيه شُبْهَةُ عَدَمِ التَّعْيِينِ، وَالشُّبْهَةُ فِي الرِّبَا كَالحَقِيقَة فَاشْتُرِطَ القَبْضُ دَفْعًا لَهَا.

وَاعْتُرِضَ بأَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ إِنَّمَا هُوَ عَلى طَرِيقَتكُمْ فِي أَنَّ الأَثْمَانَ لا تَتَعَيَّنُ، وَأَمَّا الشَّافعِيُّ فَلَيْسَ بِقَائِلٍ بِه فَلا يَكُونُ مُلزِمًا. وَالجَوَابُ أَنَّهُ ذَكَرَهُ بطَرِيقِ المُبَادِي هَاهُنَا لثُبُوته بالدَّلائِلِ المُلزِمَة عَلى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِه (قَوْلُهُ: وَتَعَاقُبُ القَبْضِ) جَوابٌ عَنْ قَوْله وَلأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ فِي المَجْلسِ. وَوَجْهُهُ المَانعُ تَعَاقُبٌ يُعَدُّ تَفَاوُتًا فِي المَاليَّة عُرْفًا كَمَا فِي النَّقْدِ وَالمُؤَجَّلِ، وَمَا ذَكَرْتُمْ لَيْسَ كَذَلكَ؛ لأَنَّ التُّجَّارَ لا يَفْصِلُونَ فِي المَاليَّة بَيْنَ المَقْبُوضِ فِي المَجْلسِ وَغَيْرِه بَعْدَ أَنْ يَكُونَ حَالا مُعَيَّنًا.

قَال (**وَيَجُوزُ بَيْعُ البَيْضَة بالبَيْضَتَيْنِ وَالتَّمْرَة بالتَّمْرَتَيْنِ وَالجَوْزَة بالجَوْزَتَيْنِ**) لانْعِدَامِ المعْيَارِ فَلا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا. وَالشَّافعِيُّ يُخَالفُنَا فيه لوُجُود الطُّعْمِ عَلى مَا مَرَّ.

قَال (وَيَجُوزُ بَيْعُ الفَلسِ بالفَلسَيْنِ بِأَعيَانِهِمَا) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَال

مُحَمَّدٌ: لا يَجُوزُ لأنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَثبُتُ بِاصطِلاحِ الكُل فَلا تَبطُلُ بِاصطِلاحِهِمَا، وَإذَا بَقِيَت أثمَانًا لا تَتَعَيَّنُ فَصَارَ كَمَا إذَا كَانَا بِغَيرِ أعيَانِهِمَا وَكَبَيعِ الدِّرهَمِ بِالدِّرهَمَينِ. وَلَهُمَا أنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا تَثبُتُ بِاصطِلاحِهِمَا إذ لا وِلايَةَ لِلغَيرِ عَلَيهِمَا فَتَبطُلُ بِاصطِلاحِهِمَا وَإذَا بَطَلَت الثَّمَنِيَّةُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ وَلا يَعُودُ وَزنِيًّا لِبَقَاءِ الاصطِلاحِ عَلَى العَدِّ إذ فِي نَقضِهِ فِي حَقِّ العَدِّ فَسَادُ العَقدِ فَصَارَ كَالجَوزَةِ بِالجَوزَتَينِ بِخِلافِ النُّقُودِ لأنَّهَا لِلثَّمَنِيَّةِ خِلقَةً، وَبِخِلافِ مَا إذَا كَانَا بِغَيرِ أعيَانِهِمَا لأنَّهُ كَالِئٌ بِالكَالِئِ وَقَد نُهِيَ عَنهُ، وَبِخِلافِ مَا إذَا كَانَ أحَدُهُمَا بِغَيرِ عَينِهِ لأنَّ الجِنسَ بِانفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ بَيْعُ البَيْضَةِ بِالبَيْضَتَيْنِ إلخْ) **بَيْعُ العَدَدِيِّ المُتَقَارِب بِجنْسه مُتَفَاضِلا** جَائِزٌ إنْ كَانَا مَوْجُودَيْنِ لانْعِدَامِ المِعْيَارِ وَإنْ كَانَ أحَدُهُمَا نَسِيئَةً لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ الجِنْسَ بِانْفِرَاده يُحَرِّمُ النَّسَاءَ. فَإِنْ قِيل: الجَوْزُ وَالبَيْضُ وَالتَّمْرُ جُعلتْ أَمْثَالا فِي ضَمَانِ المُسْتَهْلَكَات فَكَيْفَ يَجُوزُ بَيْعُ الوَاحد بالاثْنَيْنِ؟ أُجِيبَ بِأَنَّ التَّمَاثُل فِي ذَلكَ إنَّمَا هُوَ بِاصْطِلاحِ النَّاسِ عَلى إهْدَارِ التَّفَاوُت فَيُعْمَلُ بِذَلكَ فِي حَقِّهِمْ وَهُوَ ضَمَانُ العُدْوَان. وَأَمَّا الرِّبَا فَهُوَ حَقُّ الشَّارِعِ فَلا يُعْمَلُ فِيه بِاصْطِلاحِهِمْ فَتُعْتَبَرُ الحَقِيقَةُ وَهِيَ فِيهَا مُتَفَاوِتَةٌ صِغَرًا وَكِبَرًا. وَخَالفَنَا الشَّافِعِيُّ فِيه لوُجُود الطَّعْمِ عَلى مَا مَرَّ. قَال (وَيَجُوزُ بَيْعُ الفَلسِ بِالفَلسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا إلخْ) **بَيْعُ الفَلسِ بجنْسه مُتَفَاضِلا عَلى أَوْجُه أَرْبَعَة:** بَيْعُ فَلسٍ بِغَيْرِ عَيْنِه بِفَلسَيْنِ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا. وَبَيْعُ فَلسٍ بِعَيْنِه بِفَلسَيْنِ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا. وَبَيْعُ فَلسٍ بِغَيْرِ عَيْنِه بِفَلسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا. وَبَيْعُ فَلسٍ بِعَيْنِه بِفَلسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا. وَالكُلُّ فَاسِدٌ سِوَى الوَجْه الرَّابِعِ. أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّ الفُلُوسَ الرَّائِجَةَ أَمْثَالٌ مُتَسَاوِيَةٌ قَطْعًا لاصْطِلاحِ النَّاسِ عَلى إهْدَارِ قِيمَةِ الجَوْدَة مِنْهَا فَيَكُونُ أَحَدُ الفَلسَيْنِ فَضْلا خَاليًا عَنْ العِوَضِ مَشْرُوطًا فِي العَقْد وَهُوَ الرِّبَا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلأَنَّهُ لوْ جَازَ أَمْسَكَ البَائِعُ الفَلسَ المُعَيَّنَ وَطَلبَ الآخَرَ وَهُوَ فَضْلٌ خَالٍ عَنْ العِوَضِ.

وَأَمَّا الثَّالثُ فَلأَنَّهُ لوْ جَازَ قَبْضُ البَائِع للفَلسَيْنِ وَرَدَّ إليْه أَحَدُهُمَا مَكَانَ مَا اسْتَوْجَبَهُ فِي ذِمَّته فَيَبْقَى الآخَرُ لهُ بِلا عِوَضٍ. وَأَمَّا الوَجْهُ الرَّابِعُ فَجَوَّزَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي الفَلسِ تَثْبُتُ

بِاصْطِلاحِ الكُلِ، وَمَا يَثْبُتُ بِاصْطِلاحِ الكُلِ لا يَبْطُلُ بِاصْطِلاحِهِمَا لِعَدَمِ وِلايَتِهِمَا عَلى غَيْرِهِمَا فَبَقِيَتْ أَثْمَانًا وَهِيَ لا تَتَعَيَّنُ بِالاتِّفَاقِ، فَلا فَرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا كَانَا بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا وَصَارَ كَبَيْعِ الدِّرْهَمِ بِالدِّرْهَمَيْنِ.

وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الفُلُوسَ الرَّائِجَةَ مَا دَامَتْ رَائِجَةً لا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ حَتَّى لَوْ قُوبِلَتْ بِخِلافِ جِنْسِهَا كَمَا إِذَا **اشْتَرَى ثَوْبًا بِفُلُوسٍ مُعَيَّنَةٍ فَهَلَكَتْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ** لَمْ يَبْطُلِ العَقْدُ كَالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ (وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا تَثْبُتُ بِاصْطِلاحِهِمَا إِذْ لا وِلايَةَ لِغَيْرِهِمَا عَلَيْهِمَا) وَمَا ثَبَتَ بِاصْطِلاحِهِمَا فِي حَقِّهِمَا يَبْطُلُ بِاصْطِلاحِهِمَا كَذَلِكَ. وَاعْتُرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهَا إِذَا كَسَدَتْ بِاتِّفَاقِ الكُلِ لا تَكُونُ ثَمَنًا بِاصْطِلاحِ المُتَعَاقِدَيْنِ فَيَجِبُ أَنْ لا تَكُونَ عُرُوضًا أَيْضًا بِاصْطِلاحِهِمَا إِذَا كَانَ الكُلُّ مُتَّفِقًا عَلَى ثَمَنِيَّتِهَا سِوَاهُمَا. وَأُجِيبَ بِأَنَّ الأَصْلَ فِي الفُلُوسِ أَنْ تَكُونَ عُرُوضًا، فَاصْطِلاحُهُمَا عَلَى الثَّمَنِيَّةِ بَعْدَ الكَسَادِ عَلَى خِلافِ الأَصْلِ، فَلا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ ثَمَنًا بِاصْطِلاحِهِمَا لِوُقُوعِهِ عَلَى خِلافِ الأَصْلِ.

وَأَمَّا إِذَا اصْطَلَحَا عَلَى كَوْنِهِمَا عُرُوضًا كَانَ ذَلِكَ عَلَى وِفَاقِ الأَصْلِ فَكَانَ جَائِزًا وَإِنْ كَانَ مَنْ سِوَاهُمَا مُتَّفِقِينَ عَلَى الثَّمَنِيَّةِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّهُ يُنَافِي قَوْلَهُ إِنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا تَثْبُتُ بِاصْطِلاحِهِمَا إِذْ لا وِلايَةَ لِلغَيْرِ عَلَيْهِمَا. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: مَعْنَاهُ أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ قَبْلَ الكَسَادِ تَثْبُتُ بِاصْطِلاحِهِمَا، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مَنْ سِوَاهُمَا مُتَّفِقِينَ عَلَى الثَّمَنِيَّةِ، وَإِذَا بَطَلَتْ الثَّمَنِيَّةُ فَلِعَوْدِهَا عُرُوضًا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ. فَإِنْ قِيلَ: إِذَا عَادَتْ عَرْضًا عَادَتْ وَزْنِيَّةً فَكَانَ بَيْعَ فَلسٍ بِفَلسَيْنِ وَمِنْ بَيْعِ قِطْعَةِ صُفْرٍ بِقِطْعَتَيْنِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ. أَجَابَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ بِقَوْلِهِ وَلا يَعُودُ وَزْنِيًّا؛ لأَنَّهُمَا بِالإِقْدَامِ عَلَى هَذَا العَقْدِ وَمُقَابَلَةِ الوَاحِدِ بِالاثْنَيْنِ أَعْرَضَا عَنْ اعْتِبَارِ الثَّمَنِيَّةِ دُونَ العَدِّ حَيْثُ لَمْ يَرْجِعَا إِلَى الوَزْنِ وَلَمْ يَكُنْ العَدُّ مَلزُومَ الثَّمَنِيَّةِ حَتَّى يَنْتَفِيَ بِانْتِفَائِهَا فَبَقِيَ مَعْدُودًا، وَاسْتَدَلَ عَلَى بَقَاءِ الاصْطِلاحِ فِي حَقِّ العَدِّ بِقَوْلِهِ إِذْ فِي نَقْضِهِ: يَعْنِي الاصْطِلاحَ فِي حَقِّ العَدِّ فَسَادَ العَقْدِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّهُ مُدَّعَى الخَصْمِ وَلَوْ ضُمَّ إِلَى ذَلِكَ وَالأَصْلُ حَمْلُهُ عَلَى الصِّحَّةِ كَانَ لَهُ أَنْ يَقُولَ الأَصْلُ حَمْلُ العَقْدِ عَلَيْهَا مُطْلَقًا أَوْ فِي غَيْرِ الرِّبَوِيَّاتِ، وَالأَوَّلُ مَمْنُوعٌ وَالثَّانِي لا يُفِيدُ (قَوْلُهُ: فَصَارَ كَالجَوْزَةِ بِالجَوْزَتَيْنِ) بَيَانٌ لانْفِكَاكِ العَدَدِيَّةِ عَنْ الثَّمَنِيَّةِ. وَقَوْلُهُ: (بِخِلافِ النُّقُودِ)

جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَبَيْعِ الدِّرْهَمِ بِالدِّرْهَمَيْنِ؛ لأَنَّهَا لِلثَّمَنِيَّةِ خِلقَةً لا اصْطِلاحًا فَلا تَبْطُلُ بِاصْطِلاحِهِمَا.

وَقَوْلُهُ: (وَبِخِلافِ) جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ كَمَا إذْ كَانَ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا فَإِنَّ ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ لِكَوْنِهِ كَالِئًا بِكَالِئٍ: أَيْ نَسِيئَةً بِنَسِيئَةٍ وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ (قَوْلُهُ: وَبِخِلافِ مَا إذَا كَانَ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ عَيْنِهِ) جَوَابٌ عَنْ القِسْمَيْنِ البَاقِيَيْنِ؛ لأَنَّ عَدَمَ الجَوَازِ ثَمَّةَ بِاعْتِبَارِ أَنَّ الجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ.

قَال (وَلا يَجُوزُ بَيعُ الحِنطَةِ بِالدَّقِيقِ وَلا بِالسَّوِيقِ) لأنَّ المُجَانَسَةَ بَاقِيَةٌ مِن وَجهٍ لأَنَّهُمَا مِن أَجزَاءِ الحِنطَةِ وَالمِعيَارُ فِيهِمَا الكَيلُ، لكِنَّ الكَيل غَيرُ مُسَوٍّ بَينَهُمَا وَبَينَ الحِنطَةِ لاكتِنَازِهِمَا فِيهِ وَتَخَلخُل حَبَّاتِ الحِنطَةِ فَلا يَجُوزُ وَإِن كَانَ كَيلا بِكَيلٍ.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ **بَيْعُ الحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ**) بَيْعُ الحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ أَوْ بِالسَّوِيقِ لا يَجُوزُ مُتَسَاوِيًا وَلا مُتَفَاضِلا لِشُبْهَةِ الرِّبَا؛ لأَنَّهَا مَكِيلَةٌ، وَالمُجَانَسَةُ بَاقِيَةٌ مِنْ وَجْهٍ؛ لأَنَّهُمَا أَيْ الدَّقِيقَ وَالسَّوِيقَ مِنْ أَجْزَاءِ الحِنْطَةِ؛ لأَنَّ الطَّحْنَ لَمْ يُؤَثِّرْ إلا فِي تَفْرِيقِ الأَجْزَاءِ، وَالمُجْتَمِعُ لا يَصِيرُ بِالتَّفْرِيقِ شَيْئًا آخَرَ زَائِلَةٌ مِنْ وَجْهٍ؛ لأَنَّ اخْتِلافَ الجِنْسِ بِاخْتِلافِ الاسْمِ وَالصُّورَةِ وَالمَعَانِي كَمَا بَيْنَ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَقَدْ زَال الاسْمُ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَتَبَدَّلَتْ الصُّورَةُ وَاخْتَلَفَتْ المَعَانِي، فَإِنَّ مَا يَبْتَغِي مِنْ الحِنْطَةِ لا يَبْتَغِي مِنْ الدَّقِيقِ، فَإِنَّهَا تَصْلُحُ لاتِّخَاذِ الكِشْكِ وَالهَرِيسَةِ وَغَيْرِهِمَا دُونَ الدَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ.

وَرِبَا الفَضْلِ بَيْنَ الحِنْطَةِ وَالحِنْطَةِ كَانَ ثَابِتًا قَبْل الطَّحْنِ وَبِصَيْرُورَتِهِ دَقِيقًا زَالَتْ المُجَانَسَةُ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي زَوَالِهِ وَاليَقِينُ لا يَزُولُ بِالشَّكِّ. فَإِنْ قِيل: لا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ الدَّقِيقُ حِنْطَةً أَوْ لا، وَالثَّانِي يُوجِبُ الجَوَازَ مُتَسَاوِيًا وَمُتَفَاضِلا لا مَحَالَةَ، وَالأَوَّلُ يُوجِبُ الجَوَازَ إذَا كَانَ مُتَسَاوِيًا كَذَلِكَ. أَجَابَ بِأَنَّ المُسَاوَاةَ إنَّمَا تَكُونُ بِالكَيْلِ وَالكَيْلُ غَيْرُ مُسَوٍّ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الحِنْطَةِ لاكْتِنَازِهِمَا فِيهِ وَتَخَلخُل حَبَّاتِ الحِنْطَةِ فَصَارَ كَالمُجَازَفَةِ فِي احْتِمَال الزِّيَادَةِ (فَلا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ كَيْلا بِكَيْلٍ) قَبْل حُرْمَةِ الرِّبَا حُرْمَةٌ تَتَنَاهَى بِالمُسَاوَاةِ فِي الأَصْل، وَعَلَى مَا ذَكَرْتُمْ فِي هَذَا الفَرْعِ تَثْبُتُ حُرْمَةٌ لا تَتَنَاهَى فَصَارَ مِثْل ظِهَارِ الذِّمِّيِّ عَلَى مَا عُرِفَ. وَأُجِيبَ بِأَنَّ حُرْمَةَ الرِّبَا تَتَنَاهَى بِالمُسَاوَاةِ

فِي الحِنْطَةِ أَوْ فِي الشُّبْهَةِ، وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ فَإِنَّ حُرْمَةَ النَّسَاءِ لا تَتَنَاهَى بِالمُسَاوَاة، وَالأَوَّلُ مُسَلَّمٌ لكِنَّ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ الثَّانِي. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَال: الحُرْمَةُ تَتَنَاهَى بِالمُسَاوَاةِ فَلا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِهَا، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لا تَتَحَقَّقُ.

(وَيَجُوزُ بَيعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ مُتَسَاوِيًا كَيلا) لتَحَقُّقِ الشَّرطِ

الشرح:

وَيَجُوزُ بَيْعُ **الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ مُتَسَاوِيًا كَيْلا بِكَيْلٍ** لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ وَهُوَ وُجُودُ المُسَوِّي وَمُتَسَاوِيًا وَكَيْلا بِكَيْلٍ، قِيل حَالانِ مُتَدَاخِلان؛ لأَنَّ العَامِلَ فِي الأَوَّل بَيْعُ وَفِي الثَّانِي مُتَسَاوِيًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَا مُتَرَادِفَيْنِ. وَفَائِدَةُ ذِكْرِ الثَّانِيَةِ نَفْيُ تَوَهُّمِ جَوَازِ المُسَاوَاةِ وَزْنًا حُكِيَ عَنْ الشَّيْخِ الإِمَامِ أَبِي بَكْرٍ مُحَمَّدِ بْنِ الفَضْلِ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ بَيْعَ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ إِذَا تَسَاوَيَا كَيْلا إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا كَانَا مَكْبُوسَيْنِ.

(وَبَيعُ الدَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ لا يَجُوزُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ مُتَفَاضِلا، وَلا مُتَسَاوِيًا) لأَنَّهُ لا يَجُوزُ بَيعُ الدَّقِيقِ بِالمَقلِيَّةِ وَلا بَيعُ السَّوِيقِ بِالحِنطَةِ، فَكَذَا بَيعُ أَجزَائِهِمَا لقِيَامِ المُجَانَسَةِ مِن وَجهٍ. وَعِندَهُمَا يَجُوزُ لأَنَّهُمَا جِنسَانِ مُختَلِفَانِ لاختِلافِ المَقصُودِ. قُلنَا: مُعظَمُ المَقصُودِ وَهُوَ التَّغَذِّي يَشمَلُهُمَا فَلا يُبَالَى بِفَوَاتِ البَعضِ كَالمَقلِيَّةِ مَعَ غَيرِ المَقلِيَّةِ وَالعِلكَةِ بِالمُسَوَّسَةِ.

الشرح:

وَلا يَجُوزُ بَيْعُ **الدَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ** عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مُتَسَاوِيًا وَلا مُتَفَاضِلا؛ لأَنَّ الدَّقِيقَ أَجْزَاءُ حِنْطَةٍ غَيْرُ مَقْلِيَّةٍ وَالسَّوِيقُ أَجْزَاؤُهَا مَقْلِيَّةٌ فَكَمَا لا يَجُوزُ بَيْعُ أَجْزَاءِ بَعْضٍ بِالآخَرِ لقِيَامِ المُجَانَسَةِ مِنْ وَجْه فَكَذَا لا يَجُوزُ بَيْعُ أَجْزَاءِ بَعْضٍ بِأَجْزَاءِ بَعْضٍ آخَرَ.

وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ؛ لأَنَّهُمَا جِنْسَانِ لاخْتِلافِ المَقْصُودِ إِذْ هُوَ بِالدَّقِيقِ اتِّخَاذُ الخُبْزِ وَالعَصَائِد وَلا يَحْصُلُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ بِالسَّوِيقِ بَل المَقْصُودُ بِه أَنْ يُلتَّ بِالسَّمْنِ أَوْ العَسَلِ أَوْ يُشْرَبَ بِالمَاءِ، وَكَذَلِكَ الاسْمُ «وَإِذَا اخْتَلفَ الجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَد». وَالجَوَابُ أَنَّ مُعْظَمَ المَقْصُودِ وَهُوَ التَّغَذِّي يَشْمَلُهُمَا وَفَوَاتُ البَعْضِ لا يَضُرُّ كَالمَقْلِيَّة بِغَيْرِ المَقْلِيَّة (وَالعلكَةِ بِالمُسَوِّسَة) التي أَكَلهَا السُّوسُ وَالمَقْلِيَّةُ هِيَ المَشْوِيَّةُ مِنْ قَلى يَقْلي إِذَا شَوَى، وَيَجُوزُ مَقْلُوَّةٌ مِنْ قَلا يَقْلُو.

وَالعلكَةُ هِيَ الجَيِّدَةُ التي تَكُونُ كَالعلك مِنْ صَلابَتِهَا تَمْتَدُّ مِنْ غَيْرِ انْقِطَاعٍ، وَالسُّوسَةُ العُثَّةُ، وَهِيَ دُودَةٌ تَقَعُ فِي الصُّوفِ وَالثِّيَابِ وَالطَّعَامِ، وَمِنْهُ حِنْطَةٌ مُسَوِّسَةٌ بِكَسْرِ الوَاوِ المُشَدَّدَة.

قَال (وَيَجُوزُ بَيعُ اللحمِ بِالحَيَوَانِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: إذَا بَاعَهُ بِلحمٍ مِن جِنسِهِ لا يَجُوزُ إلا إذَا كَانَ اللحمُ المُفرَزُ أَكثَرَ ليَكُونَ اللحمُ بِمُقَابَلَةِ مَا فِيهِ مِن اللحمِ وَالبَاقِي بِمُقَابَلَةِ السَّقطِ، إذ لو لم يَكُن كَذَلكَ يَتَحَقَّقُ الرِّبَا مِن حَيثُ زِيَادَةُ السَّقطِ أَو مِن حَيثُ زِيَادَةُ اللحمِ فَصَارَ كَالخَل بِالسِّمسِمِ. وَلهُمَا أَنَّهُ بَاعَ المَوزُونَ بِمَا ليسَ بِمَوزُونٍ، لأَنَّ الحَيَوَانَ لا يُوزَنُ عَادَةً وَلا يُمكِنُ مَعرِفَةُ ثِقَلهِ بِالوَزنِ لأَنَّهُ يُخَفِّفُ نَفسَهُ مَرَّةً بِصَلابَتِهِ وَيَثقُلُ أُخرَى، بِخِلافِ تِلكَ المَسأَلةِ لأَنَّ الوَزنَ فِي الحَال يُعَرِّفُ قَدرَ الدُّهنِ إذَا مِيزَ بَينَهُ وَبَينَ الثَّجِيرِ، وَيُوزَنُ الثَّجِيرُ.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ بَيْعُ اللحْمِ بِالحَيَوَانِ) بَيْعُ اللحْمِ بِالحَيَوَانِ عَلى وُجُوهٍ: مِنْهَا مَا إذَا بَاعَهُ بِحَيَوَانٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِه كَمَا إذَا بَاعَ **لَحْمَ البَقَرِ بِالشَّاة** مَثَلا وَهُوَ جَائِزٌ بِالاتِّفَاق مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ القلة وَالكَثْرَة كَمَا فِي اللُّحْمَانِ المُخْتَلفَة عَلى مَا تَبَيَّنَ.

وَمِنْهَا مَا إذَا بَاعَهُ الحَيَوَانَ مِنْ جِنْسِه كَمَا إذَا بَاعَ **لَحْمَ الشَّاة بِالشَّاة لكِنَّهَا مَذْبُوحَةٌ مَفْصُولةٌ عَنْ السَّقَط**، وَهُوَ جَائِزٌ بِالاتِّفَاق إنْ كَانَا مُتَسَاوِيَيْنِ فِي الوَزْنِ وَإلا فَلا. وَمِنْهَا مَا إذَا بَاعَهُ بِجِنْسِه مَذْبُوحًا غَيْرَ مَفْصُولٍ عَنْ السَّقَط وَهُوَ لا يَجُوزُ إلا أَنْ يَكُونَ اللحْمُ المَفْصُولُ أَكْثَرَ وَهُوَ أَيْضًا بِالاتِّفَاق. وَمِنْهَا مَا إذَا بَاعَهُ بِجِنْسِه حَيًّا وَهُوَ مَسْأَلةُ الكِتَابِ وَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ مُحَمَّد (إلا إذَا كَانَ اللحْمُ المُفْرَزُ أَكْثَرَ ليَكُونَ اللحْمُ بِمُقَابَلة مَا فيه مِنْ اللحْمِ وَالبَاقِي بِمُقَابَلة السَّقَط إذْ لوْ لمْ يَكُنْ كَذَلكَ لتَحَقَّقَ الرِّبَا) إمَّا (مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ السَّقَط أَوْ مِنْ حَيْثُ زِيَادَةُ اللحْمِ) وَالقِيَاسُ مَعَهُ لوُجُود الجِنْسِيَّة بِاعْتِبَارِ مَا فِي الضِّمْنِ (فَصَارَ كَالخَل) أَيْ الشَّيْرَجِ (بِالسِّمْسِمِ. وَلهُمَا أَنَّهُ بَاعَ المَوْزُونَ بِمَا ليْسَ بِمَوْزُونٍ)؛ لأَنَّ اللحْمَ مَوْزُونٌ لا مَحَالةَ، وَالحَيَوَانُ لا يُوزَنُ عَادَةً وَلا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ ثِقَله وَخِفَّته بِالوَزْنِ؛ لأَنَّهُ يُخَفِّفُ نَفْسَهُ مَرَّةً وَيُثْقِلُ أُخْرَى يَضْرِبُ قُوَّةً فيه فَلا يُدْرَى أَنَّ الشَّاةَ خَفَّفَتْ نَفْسَهَا أَوْ ثَقَّلتْ، بِخِلاف مَسْأَلة الخَل بِالسِّمْسِمِ؛ لأَنَّ الوَزْنَ فِي الحَل يُعْرَفُ

قَدْرُ الدُّهْنِ إِذَا مُيِّزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّجِيرِ يُوزَنُ الثَّجِيرُ وَهُوَ ثِقَلُهُ، وَهَذَا فِي الحَقِيقَةِ جَوَابٌ عَمَّا يُقَالُ إِنَّ السِّمْسِمَ لا يُوزَنُ عَادَةً كَالحَيَوَانِ فَقَال لكِنْ يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ بِالوَزْنِ وَلا كَذَلكَ الحَيَوَانُ.

وَالَّذِي يَظْهَرُ مِنْ ذَلكَ أَنَّ الوَزْنَ يَشْمَلُ الحَل وَالسِّمْسِمَ عِنْدَ التَّمْيِيزِ بَيْنَ الدُّهْنِ وَالثَّجِيرِ وَلا يَشْمَلُ اللحْمَ وَالحَيَوَانَ بِحَالٍ، وَهَذَا؛ لأَنَّ الحَل وَالسِّمْسِمَ يُوزَنَان ثُمَّ يُمَيَّزُ الثَّجِيرُ وَيُوزَنُ فَيُعْرَفُ قَدْرُ الحَل مِنْ السِّمْسِمِ، وَالحَيَوَانُ لا يُوزَنُ فِي الابْتِدَاءِ حَتَّى إِذَا ذُبِحَ وَوُزِنَ السَّقَطُ وَهُوَ مَا لا يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ اللحْمِ كَالجِلدِ وَالكَرِشِ وَالأَمْعَاءِ وَغَيْرِهَا يُعْرَفُ بِهِ قَدْرُ اللحْمِ، فَكَانَ بَيْعُ اللحْمِ بِهِ بَيْعَ مَوْزُونٍ بِمَا لَيْسَ بِمَوْزُونٍ.

وَفِي ذَلكَ اخْتِلافُ الجِنْسَيْنِ أَيْضًا، فَإِنَّ اللحْمَ غَيْرُ حَسَّاسٍ وَالحَيَوَانُ حَسَّاسٌ مُتَحَرِّكٌ بِالإِرَادَةِ وَالبَيْعُ فِيهِ جَائِزٌ مُتَفَاضِلا بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ. فَإِنْ قِيل: إِذَا اخْتَلفَ الجِنْسَانِ وَلمْ يَشْمَلهُمَا الوَزْنُ جَازَ البَيْعُ نَسِيئَةً وَليْسَ كَذَلكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ النَّسِيئَةَ إِنْ كَانَتْ فِي الشَّاةِ الحَيَّةِ فَهُوَ سَلمٌ فِي الحَيَوَانِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي البَدَل الآخَرِ فَهُوَ سَلمٌ فِي اللحْمِ وَكِلاهُمَا لا يَجُوزُ.

قَال (وَيَجُوزُ بَيعُ الرُّطَبِ بِالتَّمرِ مِثلا بِمِثلٍ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالا: لا يَجُوزُ «لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ حِينَ سُئِل عَنهُ أَو يَنقُصُ إِذَا جَفَّ؟ فَقِيل نَعَم، فَقَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: لا إِذًا»[1] وَلهُ أَنَّ الرُّطَبَ تَمرٌ «لقَولهِ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ حِينَ أُهدَى إِليهِ رُطَبٌ أَوَكُلُّ تَمرِ خَيبَرَ هَكَذَا»[2] سَمَّاهُ تَمرًا. وَبَيعُ التَّمرِ بِمِثلهِ جَائِزٌ لمَا رَوَينَا، وَلأَنَّهُ لو كَانَ تَمرًا جَازَ البَيعُ بِأَوَّل الحَدِيثِ، وَإِن كَانَ غَيرَ تَمرٍ فَبِآخِرِهِ، وَهُوَ قَولُهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ إِذَا اختَلفَ النَّوعَانِ فَبِيعُوا كَيفَ شِئتُم وَمَدَارُ مَا رَوَيَاهُ عَلى زَيدِ بنِ عَيَّاشٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ عِندَ النَّقَلةِ.

الشرح:

(قَال وَيَجُوزُ بَيْعُ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ مِثْلا بِمِثْلٍ) **بَيْعُ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ مُتَفَاضِلا** لا يَجُوزُ بِالإِجْمَاعِ، وَمِثْلا بِمِثْلٍ جَوَّزَهُ أَبُو حَنِيفَةَ خَاصَّةً (وَقَالا: لا يَجُوزُ لقَوْلهِ ﷺ فِي حَدِيثِ

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٩)، والترمذي في البيوع باب ١٤، والنسائي (٤٢٣٦، ٤٢٣٧).

(٢) سبق تخريجه.

سَعْد بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ حِينَ «سُئِلَ عَنْ بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ وَقَالَ أَيَنْقُصُ إِذَا جَفَّ؟ فَقِيلَ: نَعَمْ، قَالَ: **لا إِذًا**» أَيْ لا يَجُوزُ عَلَى تَقْدِيرِ النُّقْصَانِ بِالجَفَافِ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى اشْتِرَاطِ المُمَاثَلَةِ فِي أَعْدَلِ الأَحْوَالِ وَهُوَ مَا بَعْدَ الجَفَافِ وَبِالكَيْلِ فِي الحَالِ لا يُعْلَمُ ذَلِكَ (قَوْلُهُ: فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ) هُوَ الدَّلِيلُ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ المَنْقُولُ وَالمَعْقُولُ. أَمَّا الأَوَّلُ فَلأَنَّهُ ﷺ سَمَّى الرُّطَبَ تَمْرًا حِينَ أُهْدِيَ رُطَبًا فَقَالَ: أَوَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا؟ وَبَيْعُ التَّمْرِ بِمِثْلِهِ جَائِزٌ لِمَا رَوَيْنَا مِنْ الحَدِيثِ المَشْهُورِ، وَأَمَّا المَعْقُولُ فَمَا رُوِيَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لَمَّا دَخَلَ بَغْدَادَ سُئِلَ عَنْ هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَكَانُوا أَشِدَّاءَ عَلَيْهِ لِمُخَالَفَتِهِ الخَبَرَ فَاحْتَجَّ بِأَنَّ الرُّطَبَ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ تَمْرًا أَوْ لا، فَإِنْ كَانَ تَمْرًا جَازَ العَقْدُ بِأَوَّلِ الحَدِيثِ: يَعْنِي قَوْلَهُ «**التَّمْرُ بِالتَّمْرِ**» وَإِنْ لَمْ يَكُنْ جَازَ بِقَوْلِهِ «**إِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ**» فَأُورِدَ عَلَيْهِ حَدِيثُ سَعْدٍ فَقَالَ: هَذَا الحَدِيثُ دَارَ عَلَى زَيْدِ بْنِ عَيَّاشٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ فِي النَّقْلَةِ.

وَاسْتَحْسَنَ أَهْلُ الحَدِيثِ مِنْهُ هَذَا الطَّعْنَ. سَلَمْنَا قُوَّتَهُ فِي الحَدِيثِ لَكِنَّهُ خَبَرُ وَاحِدٍ لا يُعَارَضُ بِهِ المَشْهُورُ. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّ التَّرْدِيدَ المَذْكُورَ يَقْتَضِي جَوَازَ بَيْعِ المَقْلِيَّةِ بِغَيْرِ المَقْلِيَّةِ؛ لأَنَّ المَقْلِيَّةَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ حِنْطَةً فَتَجُوزُ بِأَوَّلِ الحَدِيثِ أَوْ لا فَتَجُوزُ بِآخِرِهِ. فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ ذَلِكَ كَلامٌ حَسَنٌ فِي المُنَاظَرَةِ لِدَفْعِ شَغَبِ الخَصْمِ، وَالحُجَّةُ لا تَتِمُّ بِهِ بَلْ بِمَا بَيَّنَّا مِنْ إِطْلاقِ اسْمِ التَّمْرِ عَلَيْهِ، فَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ التَّمْرَ اسْمٌ لِثَمَرَةٍ خَارِجَةٍ مِنْ النَّخْلِ مِنْ حَيْثُ تَنْعَقِدُ صُورَتُهَا إِلَى أَنْ تُدْرِكَ، وَالرُّطَبُ اسْمٌ لِنَوْعٍ مِنْهُ كَالبَرْنِيِّ وَغَيْرِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ إِنَّهُ حِنْطَةٌ (قَوْلُهُ: فَيَجُوزُ بِأَوَّلِ الحَدِيثِ) قُلْنَا: إِنَّمَا جَازَ أَنْ لَوْ ثَبَتَتْ المُمَاثَلَةُ بَيْنَهُمَا كَيْلاً، وَلا تَثْبُتُ لِمَا قِيلَ إِنَّ القَلْيَ صَنْعَةٌ يُغْرَمُ عَلَيْهَا الأَعْوَاضُ، فَصَارَ كَمَنْ بَاعَ **قَفِيزًا بِقَفِيزٍ وَدِرْهَمٍ**.

لا يُقَالُ ذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى التَّفَاوُتِ فِي الصِّفَةِ وَهُوَ سَاقِطٌ كَالجَوْدَةِ؛ لأَنَّ التَّفَاوُتَ الرَّاجِعَ إِلَى صُنْعِ اللهِ سَاقِطٌ بِالحَدِيثِ. وَأَمَّا الرَّاجِعُ إِلَى صُنْعِ العِبَادِ فَمُعْتَبَرٌ بِدَلِيلِ اعْتِبَارِهِ بَيْنَ النَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ، فَكُلُّ تَفَاوُتٍ يَنْبَنِي عَلَى صُنْعِ العِبَادِ فَهُوَ مُفْسِدٌ كَمَا فِي المَقْلِيَّةِ بِغَيْرِهَا وَالحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ، وَكُلُّ تَفَاوُتٍ خِلْقِيٌّ فَهُوَ سَاقِطُ العِبْرَةِ كَمَا فِي الرُّطَبِ وَالتَّمْرِ وَالجَيِّدِ وَالرَّدِيءِ

قَال (وَكَذَا العِنَبُ بِالزَّبِيبِ) يَعنِي عَلى الخِلافِ وَالوَجهُ مَا بَيَّنَّاهُ. وَقِيل لا يَجُوزُ بِالاتِّفَاقِ اعتِبَارًا بِالحِنطَةِ المَقليَّةِ بِغَيرِ المَقليَّةِ، وَالرُّطَبُ بِالرُّطَبِ يَجُوزُ مُتَمَاثِلا كَيلا عِندَنَا لأَنَّهُ بَيعُ التَّمرِ بِالتَّمرِ، وَكَذَا بَيعُ الحِنطَةِ الرَّطبَةِ أَو المَبلُولَةِ بِمِثلِهَا أَو بِاليَابِسَةِ، أَو التَّمرُ أَو الزَّبِيبُ المُنقَعُ بِالمُنقَعِ مِنهُمَا مُتَمَاثِلا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ لا يَجُوزُ جَمِيعُ ذَلكَ لأَنَّهُ يُعتَبَرُ المُسَاوَاةُ فِي أَعدَل الأَحوَال وَهُوَ المَآلُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَعتَبِرُهُ فِي الحَال، وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ عَمَلا بِإِطلاقِ الحَدِيثِ إِلا أَنَّهُ تَرَكَ هَذَا الأَصل فِي بَيعِ الرُّطَبِ بِالتَّمرِ لِمَا رَوَينَاهُ لَهُمَا.

وَوَجهُ الفَرقِ لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ بَينَ هَذِهِ الفُصُول وَبَينَ الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ أَنَّ التَّفَاوُتَ فِيمَا يَظهَرُ مَعَ بَقَاءِ البَدَلينِ عَلى الاسمِ الذِي عُقِدَ عَليهِ العَقدُ، وَفِي الرُّطَبِ بِالتَّمرِ مَعَ بَقَاءِ أَحَدِهِمَا عَلى ذَلكَ فَيَكُونَ تَفَاوُتًا فِي عَينِ المَعقُودِ عَليهِ، وَفِي الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ التَّفَاوُتُ بَعدَ زَوَال ذَلكَ الاسمِ فَلم يَكُن تَفَاوُتًا فِي المَعقُودِ عَليهِ فَلا يُعتَبَرُ.

الشرح:

وَالعِنَبُ بِالزَّبِيب عَلى هَذَا الخِلاف بِالوَجْه المَذْكُور، وَلعَلهُ عَبَّرَ بِالخِلاف دُونَ الاخْتِلاف إِشَارَةً إِلى قُوَّة دَليل أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ (وَقِيل لا يَجُوزُ بِالاتِّفَاق اعْتِبَارًا بِالحِنْطَة المَقْليَّة بِغَيْرِهَا) وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُقَوِّي قَوْل مَنْ قَال الحُجَّةُ إِنَّمَا تَتِمُّ بِإِطْلاق اسْمِ التَّمْرِ عَليْه، فَإِنَّ النَّصَّ لمَّا وَرَدَ بِإِطْلاق اسْمِ التَّمْرِ عَلى الرُّطَبِ جُعِلا نَوْعًا وَاحِدًا فَجَازَ البَيْعُ مِثْلا بِمِثْلٍ، وَلمْ يَرِدْ بِإِطْلاق اسْمِ العِنَبِ عَلى الزَّبِيب فَاعْتُبِرَ فِيه التَّفَاوُتُ الصَّنْعِيُّ المُفْسِدُ كَمَا فِي المَقْليَّة بِغَيْرِهَا، وَالرُّطَبُ بِالرُّطَب يَجُوزُ مُتَمَاثِلا كَيْلا: أَيْ مِنْ حَيْثُ الكَيْلُ عِنْدَنَا خِلافًا للشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأَنَّهُ رِبَوِيٌّ يَتَفَاوَتُ فِي أَعْدَل الأَحْوَال: أَعْنِي عِنْدَ الجَفَاف فَلا يَجُوزُ كَالحِنْطَة بِالدَّقِيق. وَلنَا أَنَّهُ **بَيْعُ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ** مُتَسَاوِيًا فَكَانَ جَائِزًا وَكَذَلكَ **بَيْعُ الحِنْطَة الرَّطْبَة** بِالحِنْطَة الرَّطْبَة **أَوْ الحِنْطَة المَبْلُولة** بِالمَبْلُولة أَوْ الحِنْطَة الرَّطْبَة بِالمَبْلُولة أَوْ اليَابِسَة أَوْ التَّمرِ المُنْقَع بِالمُنْقَعِ أَوْ الزَّبِيب المُنْقَع بِالمُنْقَع، مِنْ أُنْقِعَ إِذَا أُلقِيَ فِي الخَابِيَة ليَبْتَل وَتُخْرَجَ مِنْهُ الحَلاوَةُ جَائِزٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلكَ، هُوَ يَعْتَبِرُ المُسَاوَاةَ فِي أَعْدَل الأَحْوَال وَهُوَ حَالُ الجَفَاف، وَمُفَرَّعُهُ حَدِيثُ سَعْد، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَعْتَبِرُهَا فِي الحَال عَمَلا بِإِطْلاق المَشْهُور، وَكَذَلكَ

أَبُو يُوسُفَ إلا أَنَّهُ تَرَكَ هَذَا الأَصْلَ فِي **بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ** لِحَدِيثِ سَعْدٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وَاحْتَاجَ مُحَمَّدٌ إِلَى الفَرْقِ بَيْنَ هَذِهِ الفُصُولِ: يَعْنِي بَيْعَ الحِنْطَةِ الرَّطْبَةِ وَالمَبْلُولَةِ إِلَى آخِرِهَا، وَبَيْنَ بَيْعِ الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ حَيْثُ اعْتَبَرَ المُسَاوَاةَ فِيهَا فِي أَعْدَلِ الأَحْوَالِ وَفِيهِ فِي الحَالِ، وَوَجْهُ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّ التَّفَاوُتَ إِذَا ظَهَرَ مَعَ بَقَاءِ البَدَلَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا عَلَى الاسْمِ الذي عُقِدَ عَلَيْهِ العَقْدُ فَهُوَ مُفْسِدٌ لِكَوْنِهِ فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَإِذَا ظَهَرَ بَعْدَ زَوَالِ الاسْمِ الذي عُقِدَ عَلَيْهِ العَقْدُ عَنْ البَدَلَيْنِ فَلَيْسَ بِمُفْسِدٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَفَاوُتًا فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلا يَكُونُ مُعْتَبَرًا.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: هَذَا إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ إِذَا كَانَ العَقْدُ وَارِدًا عَلَى البَدَلَيْنِ بِالتَّسْمِيَةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بِالإِشَارَةِ إِلَى المَعْقُودِ عَلَيْهِ فَلا؛ لأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ هُوَ الذَّاتُ المُشَارُ إِلَيْهَا وَهِيَ لا تَتَبَدَّلُ.

وَلو بَاعَ البُسرَ بِالتَّمرِ مُتَفَاضِلا لا يَجُوزُ لأَنَّ البُسرَ تَمرٌ، بِخِلافِ الكُفُرَّى حَيثُ يَجُوزُ بَيعُهُ بِمَا شَاءَ مِن التَّمرِ اثنَانِ بِوَاحِدٍ لأَنَّهُ ليسَ بِتَمرٍ، فَإِنَّ هَذَا الاسمَ لهُ مِن أَوَّلِ مَا تَنعَقِدُ صُورَتُهُ لا قَبلهُ، وَالكُفُرَّى عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ، حَتَّى لو بَاعَ التَّمرَ بِهِ نَسِيئَةً لا يَجُوزُ لِلجَهَالَةِ.

الشرح:

قَالَ (وَلَوْ بَاعَ البُسْرَ بِالتَّمْرِ إلخْ) بَيْعُ البُسْرِ بِالتَّمْرِ مُتَفَاضِلا لا يَجُوزُ؛ لأَنَّهُ تَمْرٌ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ التَّمْرَ اسْمٌ لِثَمَرَةِ النَّخْلِ مِنْ أَوَّلِ مَا تَنْعَقِدُ صُورَتُهُ وَبَيْعُهُ بِهِ مُتَسَاوِيًا مِنْ حَيْثُ الكَيْلُ يَدًا بِيَدٍ جَائِزٌ بِالإِجْمَاعِ، **وَبَيْعُ الكُفُرَّى** بِضَمِّ الكَافِ وَفَتْحِ الفَاءِ وَتَشْدِيدِ الرَّاءِ وَهُوَ كُمُّ النَّخْلِ سُمِّيَ بِهِ؛ لأَنَّهُ يَسْتُرُ مَا فِي جَوْفِهِ بِالتَّمْرِ جَائِزٌ مُتَسَاوِيًا وَمُتَفَاضِلا يَدًا بِيَدٍ؛ لأَنَّ الكُفُرَّى لَيْسَ بِتَمْرٍ لِكَوْنِهِ قَبْلَ انْعِقَادِ الصُّورَةِ (قَوْلُهُ: وَالكُفُرَّى عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ) قِيلَ: هُوَ جَوَابُ سُؤَالٍ تَقْرِيرُهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ تَمْرًا لَجَازَ **إِسْلامُ التَّمْرِ فِي الكُفُرَّى** لَكِنَّهُ لَمْ يَجُزْ. وَتَقْرِيرُ الجَوَابِ أَنَّهُ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ بِالصِّغَرِ وَالكِبَرِ، وَتَتَفَاوَتُ آحَادُهُ فِي المَالِيَّةِ فَلا يَجُوزُ الإِسْلامُ فِيهِ لِلجَهَالَةِ.

قَالَ (وَلا يَجُوزُ بَيعُ الزَّيتُونِ بِالزَّيتِ وَالسِّمسِمِ بِالشَّيرَجِ حَتَّى يَكُونَ الزَّيتُ وَالشَّيرَجُ

أَكثَرَ مِمَّا فِي الزَّيتُونِ وَالسِّمسِمِ فَيَكُونَ الدُّهنُ بِمِثلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِالثَّجِيرِ) لأَنَّ عِندَ ذَلِكَ يَعرَى عَن الرِّبَا إذ مَا فِيهِ مِن الدُّهنِ مَوزُونٌ، وَهَذَا لأَنَّ مَا فِيهِ لو كَانَ أَكثَرَ أَو مُسَاوِيًا لهُ، فَالثَّجِيرُ وَبَعضُ الدُّهنِ أَو الثَّجِيرُ وَحدَهُ فَضلٌ، وَلو لم يُعلم مِقدَارُ مَا فِيهِ لا يَجُوزُ لاحتِمَال الرِّبَا، وَالشُّبهَةُ فِيهِ كَالحَقِيقَةِ، وَالجوزُ بِدُهنِهِ وَاللبَنُ بِسَمنِهِ وَالعِنَبُ بِعَصِيرِهِ وَالتَّمرُ بِدِبسِهِ عَلى هَذَا الاعتِبَارِ. وَاختَلَفُوا فِي القُطنِ بِغَزلِهِ، وَالكِربَاسُ بِالقُطنِ يَجُوزُ كَيفَمَا كَانَ بِالإِجمَاعِ

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بالزَّيْتِ إلخ) الزَّيْتُونُ مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ الزَّيْتُ وَالشَّيْرَجُ الدُّهْنُ الأَبْيَضُ، وَيُقَالُ للعَصِيرِ قَبْل أَنْ يَتَغَيَّرَ شَيْرَجٌ وَهُوَ تَعْرِيبُ شَيْرَهْ، وَالْمُرَادُ به هَاهُنَا مَا يُتَّخَذُ مِنْ السِّمْسِمِ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْمُجَانَسَةَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ تَكُونُ تَارَةً بِاعْتِبَارِ العَيْنِ وَأُخْرَى بِاعْتِبَارِ مَا فِي الضِّمْنِ. وَلا يُعْتَبَرُ الثَّانِي مَعَ وُجُودِ الأَوَّلِ، وَلهَذَا جَازَ **بَيْعُ قَفِيزِ حِنْطَةٍ عِلكَةٍ بِقَفِيزِ مُسَوَّسَةٍ** مِنْ غَيْرِ اعْتِبَارِ مَا فِي الضِّمْنِ، وَإِذَا لَمْ يُوجَدْ الأَوَّلُ يُعْتَبَرُ الثَّانِي، وَلهَذَا لَمْ يَجُزْ بَيْعُ الحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ وَالزَّيْتِ مَعَ الزَّيْتُونِ مِنْ هَذَا النَّوْعِ. فَإِذَا بِيعَ أَحَدُهُمَا بِالآخَرِ فَلا يَخْلُو إمَّا أَنْ تُعْلَمَ كَمِّيَّةُ مَا يُسْتَخْرَجُ مِنْ الزَّيْتُونِ أَوْ لا.

وَالثَّانِي لا يَجُوزُ لتَوَهُّمِ الفَضْلِ الذي هُوَ كَالْمُحَقَّقِ فِي هَذَا البَابِ، وَالأَوَّلُ إمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُنْفَصِلُ أَكْثَرَ أَوْ لا. وَالثَّانِي لا يَجُوزُ لتَحَقُّقِ الفَضْلِ وَهُوَ بَعْضُ الزَّيْتِ وَالثَّجِيرِ إنْ نَقَصَ الْمُنْفَصِلُ عَنْ الْمُسْتَخْرَجِ مِنْ الزَّيْتِ وَالثَّجِيرِ وَحْدَهُ: أَيْ سَاوَاهُ عَلى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ الثَّجِيرُ ذَا قِيمَةٍ، وَأَمَّا إذَا لَمْ يَكُنْ كَمَا فِي الزُّبْدِ بَعْدَ إخْرَاجِ السَّمْنِ إذَا كَانَ السَّمْنُ الخَالِصُ مِثْل مَا فِي الزُّبْدِ مِنْ السَّمْنِ فَإِنَّهُ يَجُوزُ، وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالأَوَّلُ جَائِزٌ لوُجُودِ الْمُقْتَضِي وَانْتِفَاءِ الْمَانِعِ وَالشَّيْرَجُ بِالسِّمْسِمِ **وَالْجَوْزُ بِدُهْنِهِ وَاللبَنُ بِسَمْنِهِ وَالعِنَبُ بِعَصِيرِهِ وَالتَّمْرُ بِدِبْسِهِ** عَلى هَذَا الاعْتِبَارِ. وَلقَائِلٍ أَنْ يَقُول مَثَلاً: السِّمْسِمُ يَشْتَمِلُ عَلى الشَّيْرَجِ وَالثَّجِيرِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمَجْمُوعُ مَنْظُورًا إليْهِ مِنْ حَيْثُ هُوَ كَذَلكَ فَيَجِبُ جَوَازُ **بَيْعِ الشَّيْرَجِ بِالسِّمْسِمِ** مُطْلقًا؛ لأَنَّ الشَّيْرَجَ وَزْنِيٌّ وَالسِّمْسِمَ كَيْليٌّ، أَوْ مِنْ حَيْثُ الإِفْرَازُ فَيَجُوزُ **بَيْعُ السِّمْسِمِ بِالسِّمْسِمِ مُتَفَاضِلاً** صَرْفًا لكُل وَاحِدٍ مِنْ الدُّهْنِ وَالثَّجِيرِ إلى خِلافِ جِنْسِهِ كَمَا إذَا بَاعَ **كُرَّ حِنْطَةٍ وَكُرَّ شَعِيرٍ بِثَلاثَةِ أَكْرَارٍ**

حِنْطَة وَكُرٌّ شَعِير أَوْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا إِمَّا الدُّهْنُ أَوْ التَّجِيرُ مَنْظُورًا إِلَيْهِ فَقَطْ، وَالثَّانِي مُنْتَفٍ عَادَةً، وَالأَوَّلُ يُوجِبُ أَنْ لا يُقَابَلَ التَّجِيرُ بِشَيْءٍ مِنْ الدُّهْنِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

وَالجَوَابُ أَنَّ المَنْظُورَ إِلَيْهِ هُوَ المَجْمُوعُ مِنْ حَيْثُ الإِفْرَادُ، وَلا يَلْزَمُ جَوَازُ بَيْعِ السِّمْسِمِ بِالسِّمْسِمِ مُتَفَاضِلا.

قَوْلُهُ: صَرْفًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الدُّهْنِ وَالتَّجِيرِ إِلَى خِلافِ جِنْسِهِ. قُلْنَا: ذَاكَ إِذَا كَانَا مُنْفَصِلَيْنِ خِلقَةً كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الإِقْرَارِ لِظُهُورِ كَمَالِ الجِنْسِيَّةِ حِينَئِذٍ وَالدُّهْنُ وَالتَّجِيرُ لَيْسَا كَذَلِكَ. وَاخْتَلَفُوا فِي جَوَازِ **بَيْعِ القُطْنِ بِغَزْلِهِ مُتَسَاوِيًا** فَقِيلَ لا يَجُوزُ؛ لأَنَّ القُطْنَ يَنْقُصُ بِالغَزْلِ فَهُوَ نَظِيرُ الحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ، وَقِيلَ يَجُوزُ؛ لأَنَّ أَصْلَهُمَا وَاحِدٌ فَكِلاهُمَا مَوْزُونٌ، وَإِنْ خَرَجَا عَنْ الوَزْنِ أَوْ خَرَجَ أَحَدُهُمَا مِنْ الوَزْنِ لا بَأْسَ بِبَيْعِ وَاحِدٍ بِاثْنَيْنِ، كَذَا فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانْ. **وَبَيْعُ الغَزْلِ بِالثَّوْبِ** جَائِزٌ **وَالكِرْبَاسِ بِالقُطْنِ** جَائِزٌ كَيْفَمَا كَانَ بِالإِجْمَاعِ، وَهَذَا يُخَالِفُ مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ **بَيْعَ القُطْنِ بِالثَّوْبِ** لا يَجُوزُ مُطْلَقًا.

قَال (وَيَجُوزُ بَيعُ اللحمَانِ المُختَلفَةِ بَعضِهَا بِبَعضٍ مُتَفَاضِلا) وَمُرَادُهُ لحمُ الإِبلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ؛ فَأَمَّا البَقَرُ وَالجوَامِيسُ جِنسٌ وَاحِدٌ، وَكَذَا المَعزُ مَعَ الضَّأن وَكَذَا العِرَابُ مَعَ البَخَاتِيِّ. قَال (وَكَذَلكَ أَلبَانُ البَقَرِ وَالغَنَمِ) وَعَن الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لا يَجُوزُ لأَنَّهَا جِنسٌ وَاحِدٌ لاتِّحَادِ المَقصُودِ. وَلنَا أَنَّ الأُصُول مُختَلفَةٌ حَتَّى لا يَكمُل نِصَابُ أَحَدِهِمَا بِالآخَرِ فِي الزَّكَاةِ، فَكَذَا أَجزَاؤُهَا إِذَا لم تَتَبَدَّل بِالصَّنعَةِ. قَال (وَكَذَا خَلُّ الدَّقَل بِخَل العِنَبِ) للاختِلافِ بَينَ أَصليهِمَا، فَكَذَا بَينَ مَاءَيهِمَا وَلهَذَا كَانَ عَصِيرَاهُمَا جِنسَين. وَشَعرُ المَعزِ وَصُوفُ الغَنَم جِنسَانِ لاختِلافِ المَقَاصِدِ.

الشرح:

(قَال: وَيَجُوزُ بَيْعُ اللُّحْمَانِ إلخ) كُلُّ مَا يَكْمُلُ بِهِ نِصَابُ الآخَرِ مِنْ الحَيَوَانِ فِي الزَّكَاةِ لا يُوصَفُ بِاخْتِلافِ الجِنْسِ كَالبَقَرِ وَالجَوَامِيسِ مُتَفَاضِلا. وَعَنْهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ، وَالعِرَابُ وَالبَخَاتِيُّ وَالمَعْزُ وَالضَّأْنُ فَلا يَجُوزُ بَيْعُ لَحْمِ أَحَدِهِمَا بِالآخَرِ مُتَفَاضِلا، وَكُلُّ مَا لا يَكْمُلُ بِهِ نِصَابُ الآخَرِ فَهُوَ يُوصَفُ بِالاخْتِلافِ كَالبَقَرِ وَالغَنَمِ فَيَجُوزُ بَيْعُ لَحْمِ أَحَدِهِمَا بِالآخَرِ مُتَفَاضِلا وَكَذَلِكَ الأَلْبَانُ.

وَعَنْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المَقْصُودَ مِنْ اللحْمِ شَيْءٌ وَاحِدٌ وَهُوَ التَّغَذِّي وَالتَّقَوِّي فَكَانَ الجِنسُ مُتَّحِدًا. وَلَنا أَنَّهَا فُرُوعُ أُصُولٍ مُخْتَلِفَةٍ لِمَا ذَكَرْنا، وَاخْتِلافُ الأَصْلِ يُوجِبُ اخْتِلافَ الفَرْعِ ضَرُورَةً كَالأَدْهَانِ وَمَا ذُكِرَ مِنْ الاتِّحَادِ فِي التَّغَذِّي فَذَلِكَ اعْتِبَارُ المَعْنَى العَامِّ كَالطَّعْمِ فِي المَطْعُومَاتِ وَالتَّفَكُّهِ فِي الفَوَاكِهِ، وَالمُعْتَبَرُ الاتِّحَادُ فِي المَعْنَى الخَاصِّ، وَلا يُشْكِلُ بِالطُّيُورِ فَإِنَّ بَيْعَ لَحْمِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلا يَجُوزُ مَعَ اتِّحَادِ الجِنْسِ؛ لأَنَّ ذَاكَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ لا يُوزَنُ عَادَةً فَلَيْسَ بِوَزْنِيٍّ وَلا كَيْلِيٍّ فَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ القَدْرُ الشَّرْعِيُّ، وَفِي مِثْلِهِ يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلا (قَوْلُهُ: إِذَا لَمْ تَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ) قِيلَ مُرَادُهُ أَنَّ اتِّحَادَ الأُصُولِ يُوجِبُ اتِّحَادَ الفُرُوعِ وَالأَجْزَاءِ إِذَا لَمْ تَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ، فَإِذَا تَبَدَّلَتْ الأَجْزَاءُ بِالصَّنْعَةِ تَكُونُ مُخْتَلِفَةً، وَإِنْ كَانَ الأَصْلُ مُتَّحِدًا كَالهَرَوِيِّ وَالمَرْوِيِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّ كَلامَهُ فِي اخْتِلافِ الأُصُولِ لا فِي اتِّحَادِهَا، فَكَأَنَّهُ يَقُولُ: اخْتِلافُ الأُصُولِ يُوجِبُ اخْتِلافَ الأَجْزَاءِ إِذَا لَمْ تَتَبَدَّلْ بِالصَّنْعَةِ، وَأَمَّا إِذَا تَبَدَّلَتْ فَلا تُوجِبُهُ، وَإِنَّمَا تُوجِبُ الاتِّحَادَ، فَإِنَّ الصَّنْعَةَ كَمَا تُؤَثِّرُ فِي تَغَيُّرِ الأَجْنَاسِ مَعَ اتِّحَادِ الأَصْلِ كَالهَرَوِيِّ مَعَ المَرْوِيِّ مَعَ اتِّحَادِهِمَا فِي الأَصْلِ وَهُوَ القُطْنُ كَذَلِكَ تُؤَثِّرُ فِي اتِّحَادِهَا مَعَ اخْتِلافِ الأَصْلِ كَالدَّرَاهِمِ المَغْشُوشَةِ المُخْتَلِفَةِ الغِشِّ مِثْلِ الحَدِيدِ وَالرَّصَاصِ إِذَا كَانَتْ الفِضَّةُ غَالِبَةً فَإِنَّهَا مُتَّحِدَةٌ فِي الحُكْمِ بِالصَّنْعَةِ مَعَ اخْتِلافِ الأُصُولِ. قَالَ (وَكَذَا خَلُّ الدَّقَلِ بِخَلِّ العِنَبِ إلخ) الدَّقَلُ هُوَ أَرْدَأُ التَّمْرِ، **وَبَيْعُ خَلِّهِ بِخَلِّ العِنَبِ مُتَفَاضِلا** جَائِزٌ يَدًا بِيَدٍ وَكَذَا حُكْمُ سَائِرِ التُّمُورِ.

وَلَمَّا كَانُوا يَجْعَلُونَ الخَلَّ مِنْ الدَّقَلِ غَالِبًا أَخْرَجَ الكَلامَ عَلَى مَجْرَى العَادَةِ، وَإِنَّمَا جَازَ التَّفَاضُلُ لِلاخْتِلافِ بَيْنَ أَصْلَيْهِمَا وَلِهَذَا كَانَ عَصِيرَاهُمَا: يَعْنِي الدَّقَلَ وَالعِنَبَ جِنْسَيْنِ بِالإِجْمَاعِ (وَشَعْرُ المَعْزِ وَصُوفُ الغَنَمِ جِنْسَانِ لاخْتِلافِ المَقَاصِدِ) فَجَازَ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالآخَرِ مُتَفَاضِلا، وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى أَنَّ اخْتِلافَ المَقْصُودِ كَالتَّبَدُّلِ بِالصَّنْعَةِ فِي تَغْيِيرِ الأَجْزَاءِ مَعَ اتِّحَادِ الأَصْلِ، فَإِنَّ المَقْصُودَ هُوَ المَقْصُودُ فَاخْتِلافُهُ يُوجِبُ التَّغْيِيرَ وَاخْتِلافُ المَقْصُودِ فِيهِمَا ظَاهِرٌ، فَإِنَّ الشَّعْرَ يُتَّخَذُ مِنْهُ الحِبَالُ الصُّلْبَةُ وَالمُسُوحُ، وَالصُّوفُ يُتَّخَذُ مِنْهُ اللُّبُودُ وَاللفَافَةُ. لا يُقَالُ: لَوْ اخْتَلَفَ الجِنْسُ بِاخْتِلافِ المَقْصُودِ لَمَا جَازَ **بَيْعُ لَبَنِ البَقَرِ بِلَبَنِ الغَنَمِ مُتَفَاضِلا**؛ لأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُمَا مُتَّحِدٌ فَكَانَ الجِنْسُ مُتَّحِدًا؛ لأَنَّا لا نُسَلِّمُ

ذَلِكَ، فَإِنَّ لبَنَ البَقَرِ قَدْ يَضُرُّ حِينَ لا يَضُرُّ لبَنُ الغَنَمِ فَلا يَتَّحِدُ القَصْدُ إِلَيْهِمَا. وَالأَوْلَى أَنْ يُقَالَ: قُلْنَا إِنَّ اخْتِلافَ المَقْصُودِ قَدْ يُوجِبُ اخْتِلافَ الجِنْسِ عِنْدَ اتِّحَادِ الأُصُولِ، وَلَمْ نَقُلْ اتِّحَادُ المَقْصُودِ يُوجِبُ الاتِّحَادَ عِنْدَ اخْتِلافِ الأُصُولِ، فَالأَصْلُ أَنْ يُوجِبَ اخْتِلافُ الأُصُولِ اخْتِلافَ الأَجْزَاءِ وَالفُرُوعِ إلا عِنْدَ التَّبَدُّلِ بِالصَّنْعَةِ، وَأَنْ يُوجِبَ اتِّحَادُ الأُصُولِ اتِّحَادَ الفُرُوعِ إلا عِنْدَ التَّبَدُّلِ بِالصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلافُ المَقْصُودِ بِالفُرُوعِ وَلَمْ يَظْهَرْ عَلَيْهِ نَقْضٌ، وَمِنْ هَذَا يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ مَانِعٌ رَاجِحٌ فَلا يُعَارِضُهُ اتِّحَادُ الأَصْلِ، وَيَسْقُطُ مَا قِيلَ شَعْرُ المَعْزِ وَصُوفُ الغَنَمِ بِالنَّظَرِ إلى الأَصْلِ جِنْسٌ وَاحِدٌ وَبِالنَّظَرِ إِلى المَقْصُودِ جِنْسَانِ، وَيَنْبَغِي أَنْ لا يَجُوزَ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا فِي البَيْعِ تَرْجِيحًا لِجَانِبِ الحُرْمَةِ لأَنَّ المَقْصُودَ رَاجِحٌ.

قَال (وَيَجُوزُ بَيعُ الخُبزِ بِالحِنطَةِ وَالدَّقِيقِ مُتَفَاضِلا) لأَنَّ الخُبزَ صَارَ عَدَدِيًّا أَو مَوزُونًا فَخَرَجَ مِن أَن يَكُونَ مَكِيلا مِن كُل وَجهٍ وَالحِنطَةُ مَكِيلَةٌ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا خَيرَ فِيهِ، وَالفَتوَى عَلَى الأَوَّل، وَهَذَا إذَا كَانَا نَقدَينِ؛ فَإِن كَانَت الحِنطَةُ نَسِيئَةً جَازَ أَيضًا، وَإِن كَانَ الخُبزُ نَسِيئَةً يَجُوزُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَعَلَيهِ الفَتوَى، وَكَذَا السَّلَمُ فِي الخُبزِ جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ، وَلا خَيرَ فِي استِقرَاضِهِ عَدَدًا أَو وَزنًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالخُبزِ وَالخَبَّازِ وَالتَّنُّورِ وَالتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ يَجُوزُ بِهِمَا لِلتَّعَامُل، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يَجُوزُ وَزنًا وَلا يَجُوزُ عَدَدًا لِلتَّفَاوُتِ فِي آحَادِهِ.

الشرح:

قَال (وَيَجُوزُ بَيْعُ الخُبْزِ بِالحِنْطَةِ) **بَيْعُ الخُبْزِ بِالحِنْطَةِ** وَالدَّقِيقِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ حَال كَوْنِهِمَا نَقْدَيْنِ أَوْ حَال كَوْنِ أَحَدِهِمَا نَقْدًا وَالآخَرِ نَسِيئَةً، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ جَازَ؛ لأَنَّهُ صَارَ عَدَدِيًّا أَوْ مَوْزُونًا فَخَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ مَكِيلا مِنْ كُل وَجْهٍ وَالحِنْطَةُ مَكِيلَةٌ فَاخْتَلَفَ الجِنْسَانِ وَجَازَ التَّفَاضُلُ (وَعَلَيْهِ الفَتْوَى) وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لا خَيْرَ فِيهِ: أَيْ لا يَجُوزُ، وَالتَّرْكِيبُ لِلمُبَالَغَةِ فِي النَّهْيِ؛ لأَنَّهُ نَكِرَةٌ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ فَتَعُمُّ نَفْيَ جَمِيعِ جِهَاتِ الخَيْرِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الحِنْطَةُ وَالدَّقِيقُ نَسِيئَةً أَوْ الخُبْزُ، فَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ جَازَ؛ لأَنَّهُ أَسْلَمَ مَوْزُونًا فِي مَكِيلٍ يُمْكِنُ ضَبْطُ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِهِ.

وَإِنْ كَانَ الثَّانِي جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأَنَّهُ أَسْلَمَ فِي مَوْزُونٍ وَلا يَجُوزُ

عِنْدَهُمَا لِمَا نَذْكُرُ. قَالَ المُصَنِّفُ (وَالفَتْوَى عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ) وَهَذَا يُعْنِي عَنْ قَوْلِه وَكَذَا **السَّلَمُ فِي الخُبْزِ** جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ: يَعْنِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنَّمَا كَانَ الفَتْوَى عَلَى ذَلِكَ لِحَاجَةِ النَّاسِ، لكِنْ يَجِبُ أَنْ يُحْتَاطَ وَقْتُ القَبْضِ حَتَّى يَقْبِضَ مِنْ الجِنْسِ الذي سَمَّى لِئَلا يَصِيرَ اسْتِبْدَالا بِالمُسْلمِ فِيهِ قَبْلَ القَبْضِ، وَلا خَيْرَ فِي اسْتِقْرَاضِه عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَدَدًا أَوْ وَزْنًا؛ لأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالخُبْزِ مِنْ حَيْثُ الطُّولُ وَالعَرْضُ وَالغلظُ وَالرِّقَّةُ، وَبِالخَبَّازِ بِاعْتِبَارِ حذْقِه وَعَدَمِه، وَبِالتَّنُّورِ فِي كَوْنِه جَدِيدًا فَيَجِيءُ خُبْزُهُ جَيِّدًا أَوْ عَتِيقًا فَيَكُونُ بِخِلافِه، وَبِالتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ فَإِنَّهُ فِي أَوَّلِ التَّنُّورِ لا يَجِيءُ مِثْلِ مَا فِي آخِرِه، وَهَذَا هُوَ المَانِعُ عَنْ جَوَازِ السَّلمِ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ مُحَمَّد يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ عَدَدًا وَوَزْنًا، تُرِكَ قِيَاسُ السَّلمِ فِيهِ لِلتَّعَامُلِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ وَزْنًا وَلا يَجُوزُ عَدَدًا لِلتَّفَاوُتِ فِي آحَادِه.

قَالَ (وَلا رِبَا بَيْنَ المَوْلى وَعَبْدِهِ) لأَنَّ العَبْدَ وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكٌ لِمَوْلاهُ فَلا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، وَهَذَا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ وَلَم يَكُن عَلَيهِ دَينٌ، فَإِن كَانَ عَلَيهِ دَينٌ لا يَجُوزُ لأَنَّ مَا فِي يَدِهِ لَيسَ مِلكَ المَولى عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَعِندَهُمَا تَعَلَقَ بِهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ فَصَارَ كَالأَجنَبِيِّ فَيَتَحَقَّقَ الرِّبَا كَمَا يَتَحَقَّقُ بَينَهُ وَبَينَ مُكَاتَبِهِ.

الشرح:

قَالَ (وَلا رِبَا بَيْنَ المَوْلى وَعَبْدِهِ) **لا رِبَا بَيْنَ المَوْلى وَعَبْده المَأْذُون الذي لا دَيْنَ عَلَيْهِ مُحِيطٌ** بِرَقَبَته؛ لأَنَّ العَبْدَ وَمَا فِي يَدِه مِلْكٌ لِمَوْلاهُ فَلا يَتَحَقَّقُ البَيْعُ وَلا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، فَعَدَمُ تَحَقُّقِ الرِّبَا بَعْدَ وُجُودِ البَيْعِ بِحَقِيقَتِه فِي دَارِ الإِسْلامِ مُشْتَمِلا عَلى شَرَائِطِ الرِّبَا دَلِيلٌ عَلى عَدَمِ جَوَازِ البَيْعِ (فَإِذَا كَانَ عَلَيْه دَيْنٌ يَتَحَقَّقُ الرِّبَا؛ لأَنَّ مَا فِي يَدِه لَيْسَ مِلكًا لِمَوْلاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَعِنْدَهُمَا) وَإِنْ كَانَ مِلكَهُ، لكِنْ لَمَّا (تَعَلقَ بِه حَقُّ الغُرَمَاءِ) صَارَ كَالأَجْنَبِيِّ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا كَمَا يَتَحَقَّقُ بَيْنَ المُكَاتَبِ وَمَوْلاهُ.

قَالَ (وَلا بَينَ المُسلمِ وَالحَربِيِّ فِي دَارِ الحَربِ) خِلافًا لأَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ. لهُمَا الاعتِبَارُ بِالمُستَأمَنِ مِنهُم فِي دَارِنَا. وَلنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا رِبَا بَينَ المُسلمِ وَالحَربِيِّ فِي دَارِ الحَربِ» وَلأَنَّ مَالهُم مُبَاحٌ فِي دَارِهِم فَبِأَيِّ طَرِيقٍ أَخَذَهُ المُسلمُ أَخَذَ مَالا مُبَاحًا إِذَا لم يَكُن فِيهِ غَدرٌ، بِخِلافِ المُستَأمِنِ مِنهُم لأَنَّ مَالهُ صَارَ مَحظُورًا بِعَقدِ الأَمَانِ.

الشرح:

قال (وَلا بَيْنَ المُسْلِمِ وَالحَرْبِيِّ فِي دَارِ الحَرْب) لا رِبَا بَيْنَ المُسْلِمِ وَالحَرْبِيِّ فِي دَارِ الحَرْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد رَحِمَهُمَا اللهُ خلافًا لأَبِي يُوسُفَ وَالشَّافعيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ. لهُمَا الاعْتبَارُ بالمُسْتَأْمَنِ منْ أَهْلِ الحَرْبِ فِي دَارِنَا، فَإِنَّهُ إِذَا **دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَبَاعَ دِرْهَمَيْنِ بِدِرْهَمٍ** فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ فَكَذَا إِذَا دَخَلَ المُسْلِمُ دَارَ الحَرْبِ وَفَعَل ذَلكَ لا يَجُوزُ بِجَامِعِ تَحَقُّقِ الفَضْلِ الخَالِي عَنْ العِوَضِ المُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ البَيْعِ. وَلأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ مَا رَوَى مَكْحُولٌ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَال «**لا رِبَا بَيْنَ المُسْلِمِ وَالحَرْبِيِّ فِي دَارِ الحَرْبِ**» ذَكَرَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ؛ وَلأَنَّ مَال أَهْلِ الحَرْبِ فِي دَارِهِمْ مُبَاحٌ بالإِبَاحَةِ الأَصْلِيَّة، وَالمُسْلمُ المُسْتَأْمَنُ إِنَّمَا مُنِعَ مِنْ أَخْذِه لعَقْد الأَمَانِ حَتَّى لا يَلزَمَ الغَدْرُ، فَإِذَا بَذَل الحَرْبِيُّ مَالهُ بِرِضَاهُ زَال المَعْنَى الذي حُظِرَ لأَجْله (قَوْلُهُ: بخلاف المُسْتَأْمَنِ) جَوَابٌ عَنْ قِيَاسٍ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ المُسْتَأْمَنَ مِنْهُمْ فِي دَارِنَا لا يَحِلُّ لأَحَدٍ أَخْذُ مَاله؛ لأَنَّهُ صَارَ مَحْظُورًا بِعَقْدِ الأَمَانِ وَلِهَذَا لا يَحِلُّ تَنَاوُلُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ.

بَابُ الحُقُوق

(وَمَن اشتَرَى مَنزِلا فَوقَهُ مَنزِلٌ فَليسَ لهُ الأعلى إلا أن يَشتَرِيَهُ بِكُل حَقٍّ هُوَ لهُ أَو بِمَرَافِقِهِ أَو بِكُل قَليلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَو مِنهُ. وَمَن اشتَرَى بَيتًا فَوقَهُ بَيتٌ بِكُل حَقٍّ لم يَكُن لهُ الأعلى، وَمَن اشتَرَى دَارًا بِحُدُودِهَا فَلهُ العُلُوُّ وَالكَنِيفُ) جَمَعَ بَينَ المَنزِل وَالبَيتِ وَالدَّارِ، فَاسمُ الدَّارِ يَنتَظِمُ العُلُوَّ لأَنَّهُ اسمٌ لمَا أُدِيرَ عَليهِ الحُدُودُ، وَالعُلُوُّ مِن تَوَابِعِ الأَصل وَأَجزَائِهِ فَيَدخُل فِيهِ. وَالبَيتُ اسمٌ لمَا يُبَاتُ فِيهِ، وَالعُلُوُّ مِثلُهُ، وَالشَّيءُ لا يَكُونُ تَبَعًا لمِثلِهِ فَلا يَدخُلُ فِيهِ إلا بِالتَّنصِيصِ عَليهِ، وَالمَنزِلُ بَينَ الدَّارِ وَالبَيتِ لأَنَّهُ يَتَأَتَّى فِيهِ مَرَافِقُ السُّكنَى مَعَ ضَربِ قُصُورٍ إذ لا يَكُونُ فِيهِ مَنزِلُ الدَّوَابِّ، فَلشَبَهِهِ بِالدَّارِ يَدخُلُ العُلُوُّ فِيهِ تَبَعًا عِندَ ذِكرِ التَّوَابِعِ، وَلشَبَهِهِ بِالبَيتِ لا يَدخُلُ فِيهِ بِدُونِهِ. وَقِيل فِي عُرفِنَا يَدخُلُ العُلُوُّ فِي جَمِيعِ ذَلكَ لأَنَّ كُل مَسكَنٍ يُسَمَّى بِالفَارِسِيَّةِ خَانَهُ وَلا يَخلُو عَن عُلُوٍّ، وَكَمَا يَدخُلُ العُلُوُّ فِي اسمِ الدَّارِ يَدخُلُ الكَنِيفُ لأَنَّهُ مِن تَوَابِعِهِ، وَلا تَدخُلُ الظُّلَّةُ إلا بِذِكرِ مَا ذَكَرنَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّهُ مَبنِيٌّ عَلى هَوَاءِ الطَّرِيقِ فَأَخَذَ حُكمَهُ. وَعِندَهُمَا إن كَانَ مِفتَحُهُ فِي الدَّارِ يَدخُلُ مِن غَيرِ ذِكرِ شَيءٍ مِمَّا ذَكَرنَا لأَنَّهُ مِن تَوَابِعِهِ فَشَابَهَ الكَنِيفَ.

الشرح:

(بَابُ الحُقُوقِ) قِيلَ: كَانَ مِنْ حَقِّ مَسَائِلِ هَذَا البَابِ أَنْ تُذْكَرَ فِي الفَصْلِ المُتَّصِلِ بِأَوَّلِ كِتَابِ البَيْعِ، إِلا أَنَّ المُصَنِّفَ التَزَمَ تَرْتِيبَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ المُرَتَّبِ بِمَا هُوَ مِنْ مَسَائِلِهِ وَهُنَاكَ هَكَذَا وَقَعَ، وَكَذَا هَاهُنَا، وَلأَنَّ الحُقُوقَ تَوَابِعُ فَيَلِيقُ ذِكْرُهَا بَعْدَ ذِكْرِ مَسَائِلِ المَتْبُوعِ. قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى مَنْزِلا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ) ذَكَرَ ثَلاثَةَ أَسْمَاءٍ: المَنْزِلُ وَالبَيْتُ وَالدَّارُ، فَسَّرَهُ لِيُبَيِّنَ مَا يَتَرَتَّبُ عَلَى كُلِّ اسْمٍ مِنْهَا مِنْ الاحْتِيَاجِ إِلَى تَصْرِيحِ مَا يَدُلُّ عَلَى المَرَافِقِ لِدُخُولِهَا وَعَدَمِهِ. قَالَ: الدَّارُ اسْمٌ لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الحُدُودُ، وَالبَيْتُ اسْمٌ لِمَا يُبَاتُ فِيهِ، وَالمَنْزِلُ بَيْنَ البَيْتِ وَالدَّارِ؛ لأَنَّهُ لا يَتَأَتَّى فِيهِ مَرَافِقُ السُّكْنَى مَعَ ضَرْبِ قُصُورٍ لِعَدَمِ اشْتِمَالِهِ عَلَى مَنْزِلِ الدَّوَابِّ.

وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَمَنْ **اشْتَرَى مَنْزِلا فَوْقَهُ مَنْزِلٌ** لا يَدْخُلُ الأَعْلَى فِي العَقْدِ إِلا أَنْ يَشْتَرِيَهُ، وَيُصَرِّحَ بِذِكْرِ إِحْدَى هَذِهِ العِبَارَاتِ الثَّلاثِ بِأَنْ يَقُولَ: بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَوْ بِمَرَافِقِهِ، أَوْ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ (وَمَنْ اشْتَرَى بَيْتًا فَوْقَهُ بَيْتٌ) وَذَكَرَ إِحْدَى العِبَارَاتِ الثَّلاثِ (لَمْ يَدْخُلُ الأَعْلَى. وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا بِحُدُودِهَا) وَلَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ (دَخَلَ فِيهِ العُلُوُّ وَالكَنِيفُ) وَهَذَا؛ لأَنَّ الدَّارَ لَمَّا كَانَ اسْمًا لِمَا أُدِيرَ عَلَيْهِ الحُدُودُ وَالعُلُوُّ لَيْسَ بِخَارِجٍ عَنْهَا وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ تَوَابِعِ الأَصْلِ وَأَجْزَائِهِ دَخَلَ فِيهِ، وَالبَيْتُ اسْمٌ لِمَا يُبَاتُ فِيهِ، وَالعُلُوُّ مِثْلُهُ فَلا يَدْخُلُ فِيهِ إِلا بِالتَّنْصِيصِ بِذِكْرِهِ، وَإِلا لَكَانَ الشَّيْءُ تَابِعًا لِمِثْلِهِ، وَهُوَ لا يَجُوزُ. وَلا يُشْكِلُ بِالمُسْتَعِيرِ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُعِيرَ فِيمَا لا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ المُسْتَعْمِلِ وَالمُكَاتَبِ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ؛ لأَنَّ المُرَادَ بِالتَّبَعِيَّةِ هَاهُنَا أَنْ يَكُونَ اللَّفْظُ المَوْضُوعُ لِشَيْءٍ يَتْبَعُهُ مَا هُوَ مِثْلُهُ فِي الدُّخُولِ تَحْتَ الدَّلالَةِ لأَنَّهُ لَيْسَ بِلَفْظٍ عَامٍّ يَتَنَاوَلُ الأَفْرَادَ، إِذْ فَرْضُ المَسْأَلَةِ فِي مَعْلُومٍ، وَلا مِنْ لَوَازِمِهِ، وَلَيْسَ فِي الإِعَارَةِ وَالكِتَابَةِ ذَلِكَ فَإِنَّ لَفْظَ المُعِيرِ أَعَرْتُكَ لَمْ يَتَنَاوَلْ عَارِيَّةَ المُسْتَعِيرِ أَصْلا لا تَبَعًا وَلا أَصَالَةً، وَإِنَّمَا مَلَكَ الإِعَارَةَ؛ لأَنَّهَا تَمْلِيكُ المَنَافِعِ.

وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا جَازَ أَنْ يُمَلِّكَهُ لِغَيْرِهِ، وَإِنَّمَا لا يُمْلِكُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ المُسْتَعْمِلِ حَذَرًا مِنْ وُقُوعِ التَّغَيُّرِ بِهِ، وَالمُكَاتَبُ لَمَّا اخْتُصَّ بِمَكَاسِبِهِ كَانَ أَحَقَّ بِتَصَرُّفِ مَا يُوصِلُهُ إِلَى مَقْصُودِهِ وَفِي كِتَابَةِ عَبْدِهِ تَسَبُّبٌ إِلَى مَا يُوصِلُهُ إِلَى ذَلِكَ فَكَانَتْ جَائِزَةً.

وَأَمَّا المَنْزِلُ فَلَمَّا كَانَ شَبِيهًا بِكُلٍّ مِنْهُمَا أَخَذَ حَظًّا مِنَ الجَانِبَيْنِ فَلشَبَهِهِ بِالدَّارِ يَدْخُلُ العُلُوُّ فِيهِ تَبَعًا عِنْدَ ذِكْرِ التَّوَابِعِ، وَلِشَبَهِهِ بِالبَيْتِ لا يَدْخُلُ بِدُونِهِ. (وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَدْخُلُ العُلُوُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ) أَيْ الدَّارِ وَالبَيْتِ وَالمَنْزِلِ؛ لأَنَّ كُلَ بَيْتٍ يُسَمَّى خَانَهُ وَلا يَخْلُو عَنْ عُلُوٍّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّ الخُلُوَّ وَعَدَمَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَدْخَلٌ فِي الدَّلِيلِ، وَيُقَالُ مَعْنَاهُ أَنَّ البَيْتَ فِي عُرْفِنَا لا يَخْلُو عَنْ عُلُوٍّ، وَأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي عُرْفِنَا فَكَانَ الدَّلِيلُ الدَّالُّ مِنْ حَيْثُ اللُّغَةُ عَلَى عَدَمِ الدُّخُولِ مَتْرُوكًا بِالعُرْفِ وَكَمَا يَدْخُلُ العُلُوُّ فِي اسْمِ الدَّارِ يَدْخُلُ الكَنِيفُ وَهُوَ المُسْتَرَاحُ؛ لأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ، وَلا تَدْخُلُ الظُّلَّةُ وَهُوَ السَّابَاطُ الذِي يَكُونُ أَحَدُ طَرَفَيْهِ عَلَى الدَّارِ المَبِيعَةِ وَالطَّرَفُ الآخَرُ عَلَى دَارٍ أُخْرَى أَوْ عَلَى الأُسْطُوَانَاتِ فِي السِّكَّةِ وَمِفْتَحُهُ فِي الدَّارِ، كَذَا فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانْ وَفِي المُغْرِب. وَقَوْلُ الفُقَهَاءِ ظُلَّةُ الدَّارِ يُرِيدُونَ السُّدَّةَ التِي فَوْقَ البَابِ إلا بِذِكْرِ مَا ذَكَرْنَا وَهُوَ قَوْلُهُ: بِكُلِ حَقٍّ هُوَ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى هَوَاءِ الطَّرِيقِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ. وَعِنْدَهُمَا إنْ كَانَ مِفْتَحُهُ فِي الدَّارِ يَدْخُل مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا: يَعْنِي مِنْ العِبَارَاتِ المَذْكُورَةِ؛ لأَنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ فَشَابَهَ الكَنِيفَ. وَقَوْلُهُ: إنْ كَانَ مِفْتَحُهُ فِي الدَّارِ يُضْعِفُ قَوْلَ قَاضِي خَانْ فِي تَعْرِيفِ الظُّلَّةِ؛ لأَنَّهُ جَعَلَ المِفْتَحَ فِي الدَّارِ.

قَالَ: وَمَن اشتَرَى بَيتًا فِي دَارٍ أَو مَنزِلا أَو مَسكَنًا لم يَكُن لهُ الطَّرِيقُ إلا أَن يَشتَرِيَهُ بِكُل حَقٍّ هُوَ لهُ أَو بِمَرَافِقِهِ أَو بِكُل قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، (وَكَذَا الشِّربُ وَالمَسِيلُ) لأَنَّهُ خَارِجُ الحُدُودِ إلا أَنَّهُ مِن التَّوَابِعِ فَيَدخُل بِذِكرِ التَّوَابِعِ، بِخِلافِ الإِجَارَةِ لأَنَّهَا تُعقَدُ للانتِفَاعِ فَلا يَتَحَقَّقُ إلا بِهِ، إذ المُستَأجِرُ لا يَشتَرِي الطَّرِيقَ عَادَةً وَلا يَستَأجِرُهُ فَيَدخُل تَحصِيلا لِلفَائِدَةِ المَطلُوبَةِ مِنهُ، أَمَّا الانتِفَاعُ بِالمَبِيعِ مُمكِنٌ بِدُونِهِ لأَنَّ المُشتَرِيَ عَادَةً يَشتَرِيهِ، وَقَد يَتَّجِرُ فِيهِ فَيَبِيعُهُ مِن غَيرِهِ فَحَصَلَت الفَائِدَةُ، وَاللهُ تَعَالَى أَعلَمُ.

الشرح:

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى **بَيْتًا فِي دَارٍ أَوْ مَنْزِلا أَوْ مَسْكَنًا** لَمْ يَكُنْ لَهُ الطَّرِيقُ) إلا أَنْ يَذْكُرَ إِحْدَى العِبَارَاتِ الثَّلاثِ (وَكَذَا الشُّرْبُ وَالمَسِيلُ)؛ لأَنَّهُ خَارِجَ الحُدُودِ لَكِنَّهُ مِنْ التَّوَابِعِ فَلَمْ يَدْخُل فِيهِ نَظَرًا إلى الأَوَّلِ، وَدَخَل بِذِكْرِ التَّوَابِعِ: أَيْ بِقَوْلِهِ كُلُّ حَقٍّ نَظَرًا إلى الثَّانِي (بِخِلافِ الإِجَارَةِ) فَإِنَّ الطَّرِيقَ تُدْخِلُ اسْتِئْجَارَ الدُّورِ وَالمَسِيلِ وَالشِّرْبِ فِي

اسْتِئْجَارِ الأَرَاضِي وَإِنْ لَمْ تُذْكَرْ الحُقُوقُ وَالمَرَافِقُ؛ لأَنَّ الإِجَارَةَ تَنْعَقِدُ لِتَمْلِيكِ المَنَافِعِ، وَلِهَذَا لا تَصِحُّ فِيمَا لا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي الحَالِ كَالأَرْضِ السَّبِخَةِ وَالمُهْرِ الصَّغِيرِ، وَبِالانْتِفَاعِ بِالدَّارِ بِدُونِ الطَّرِيقِ وَبِالأَرْضِ بِدُونِ الشِّرْبِ وَالمَسِيلِ لا يَتَحَقَّقُ إِذْ المُسْتَأْجِرُ لا يَشْتَرِي الطَّرِيقَ عَادَةً وَلا يَسْتَأْجِرُهُ فَلا بُدَّ مِنْ الدُّخُولِ تَحْصِيلا لِلفَائِدَةِ المَطْلُوبَةِ مِنْهُ.

وَأَمَّا البَيْعُ فَلِتَمْلِيكِ العَيْنِ لا المَنْفَعَةِ، وَلِهَذَا يَجُوزُ **بَيْعُ مَا لا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي الحَالِ كَالأَرْضِ السَّبِخَةِ وَالمُهْرِ**، وَالانْتِفَاعُ بِالمَبِيعِ مُمْكِنٌ بِدُونِهِ؛ لأَنَّ المُشْتَرِيَ يَشْتَرِي الطَّرِيقَ وَالشِّرْبَ وَالمَسِيلَ عَادَةً، وَوَحَّدَ الضَّمِيرَ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَوْ بِتَأْوِيلِ المَذْكُورِ، وَقَدْ يَسْتَأْجِرُهَا أَيْضًا، وَقَدْ تَكُونُ مَقْصُودَةَ التِّجَارَةِ فَيَبِيعُهُ مِنْ غَيْرِهِ فَحَصَلَتْ الفَائِدَةُ المَطْلُوبَةُ.

بَابُ الاستِحقَاقِ

(وَمَن اشتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَت عِندَهُ فَاستَحَقَّهَا رَجُلٌ بِبَيِّنَةٍ فَإِنَّهُ يَأخُذُهَا وَوَلَدَهَا، وَإِن أَقَرَّ بِهَا لِرَجُلٍ لَم يَتبَعهَا وَلَدُهَا) وَوَجهُ الفَرقِ أَنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطلَقَةٌ فَإِنَّهَا كَاسمِهَا مُبَيِّنَةٌ فَيَظهَرُ بِهَا مِلكُهُ مِن الأَصلِ وَالوَلَدُ كَانَ مُتَّصِلا بِهَا فَيَكُونُ لَهُ، أَمَّا الإِقرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ يُثبِتُ المِلكَ فِي المُخبَرِ بِهِ ضَرُورَةَ صِحَّةِ الإِخبَارِ، وَقَد اندَفَعَت بِإِثبَاتِهِ بَعدَ الانفِصَالِ فَلا يَكُونُ الوَلَدُ لَهُ. ثُمَّ قِيلَ: يَدخُلُ الوَلَدُ فِي القَضَاءِ بِالأُمِّ تَبَعًا، وَقِيلَ يُشتَرَطُ القَضَاءُ بِالوَلَدِ وَإِلَيهِ تُشِيرُ المَسَائِلُ، فَإِنَّ القَاضِيَ إِذَا لَم يَعلَم بِالزَّوَائِدِ. قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا تَدخُلُ الزَّوَائِدُ فِي الحُكمِ، فَكَذَا الوَلَدُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ غَيرِهِ لا يَدخُلُ تَحتَ الحُكمِ بِالأُمِّ تَبَعًا.

الشرح:

(بَابُ الاستِحقَاقِ): ذَكَرَ هَذَا البَابَ عَقِيبَ بَابِ الحُقُوقِ لِلمُنَاسَبَةِ الَّتِي بَيْنَهُمَا لَفْظًا وَمَعْنًى. قَالَ **(وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ) لا بِاسْتِيلادِهِ (فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ بِبَيِّنَةٍ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَوَلَدَهَا) وَإِنْ أَقَرَّ المُشْتَرِي بِهَا لِرَجُلٍ** لَمْ يَتْبَعْهَا وَلَدُهَا. وَوَجْهُ الفَرْقِ مَا ذَكَرَهُ أَنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ فِي حَقِّ النَّاسِ كَافَّةً، وَلِهَذَا إِذَا أَقَامَهَا وَلَمْ يُجِزْ البَيْعَ يَرْجِعُ المُشْتَرِي بِالثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ وَتَرُدُّ جَمِيعُ البَاعَةِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فَيَظْهَرُ بِهَا مِلْكُهُ مِنْ الأَصْلِ وَالوَلَدُ كَانَ مُتَّصِلا بِهَا وَيَتَفَرَّعُ عَنْهَا وَهِيَ مَمْلُوكَةٌ فَيَكُونُ لَهُ. وَأَمَّا الإِقْرَارُ فَحُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لانْعِدَامِ الوِلايَةِ عَلَى الغَيْرِ يَثْبُتُ المِلْكُ فِي المُخْبَرِ بِهِ ضَرُورَةَ صِحَّةِ

الإِخْبَارِ؛ لأَنَّ الإِقْرَارَ إِخْبَارٌ وَالإِخْبَارَ لا بُدَّ لَهُ مِنْ مُخْبَرٍ بِهِ، وَالثَّابِتُ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ تَنْدَفِعُ بِإِثْبَاتِه بَعْدَ الانْفِصَالِ فَيُقْتَصَرُ عَلَى الحَالِ فَلا يَظْهَرُ مِلْكُ المُسْتَحِقِّ مِنْ الأَصْلِ، وَلِهَذَا لا يَرْجِعُ المُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ بِالثَّمَنِ وَلا البَاعَةُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فَلا يَكُونُ الوَلَدُ لَهُ: يَعْنِي إِذَا لَمْ يَدَّعِ المُقَرُّ لَهُ الوَلَدَ، أَمَّا إِذَا ادَّعَى الوَلَدَ كَانَ لَهُ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَهُ، كَذَا فِي النِّهَايَةِ نَقْلا عَنْ التُّمُرْتَاشِيِّ. ثُمَّ إِذَا **قُضِيَ بِالأُمِّ لِلْمُسْتَحِقِّ بِالبَيِّنَةِ هَلْ يَدْخُلُ الوَلَدُ فِي القَضَاءِ بِالأُمِّ تَبَعًا أَمْ لا؟** قِيلَ يَدْخُلُ لِتَبَعِيَّتِهِ لَهَا، وَقِيلَ يُشْتَرَطُ القَضَاءُ بِالوَلَدِ عَلَى حِدَةٍ؛ لأَنَّهُ يَوْمَ القَضَاءِ مُنْفَصِلٌ عَنْ الأُمِّ فَكَانَ مُسْتَبِدًّا فَلا بُدَّ مِنْ الحُكْمِ بِهِ، قِيلَ وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لأَنَّ المَسَائِلَ تُشِيرُ إِلَى ذَلِكَ. قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا قَضَى القَاضِي بِالأَصْلِ وَلَمْ يَعْرِفْ الزَّوَائِدَ لَمْ تَدْخُلِ الزَّوَائِدُ تَحْتَ الحُكْمِ وَكَذَا الوَلَدُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ غَائِبٍ فَالقَضَاءُ بِالأُمِّ لا يَكُونُ قَضَاءً بِالوَلَدِ.

قَالَ (وَمَن اشتَرَى عبدًا فَإذَا هُوَ حُرٌّ وَقَد قَالَ العَبدُ للمُشتَرِي اشتَرِنِي فَإنِّي عَبدٌ لهُ)، فَإن كَانَ البَائِعُ حَاضِرًا أَو غَائِبًا غَيبَةً مَعرُوفَةً لم يَكُن عَلَى العَبدِ شَيءٌ، وَإن كَانَ البَائِعُ لا يُدرَى أَينَ هُوَ رَجَعَ المُشتَرِي عَلَى العَبدِ وَرَجَعَ هُوَ عَلَى البَائِعِ

الشرح:

قَال (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا **فَإِذَا هُوَ حُرٌّ** إلخ) رَجُلٌ قَال لآخَرَ اشْتَرِنِي فَإِنِّي عَبْدٌ فَاشْتَرَاهُ فَإِذَا هُوَ حُرٌّ فَلا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ البَائِعُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا غَيْبَةً مَعْرُوفَةً (وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ غَائِبًا غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لا يُدْرَى أَيْنَ هُوَ) فَإِنْ كَانَ الأَوَّل فَلَيْسَ لَهُ عَلَى العَبْدِ شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي رَجَعَ المُشْتَرِي عَلَى العَبْدِ وَالعَبْدُ عَلَى البَائِعِ، وَإِنْ لَمْ يَقُل إِنِّي عَبْدٌ لَيْسَ عَلَى العَبْدِ شَيْءٌ فِي قَوْلِهِمْ.

وَإِن ارتَهَنَ عَبدًا مُقِرًّا بِالعُبُودِيَّةِ فَوَجَدَهُ حُرًّا لم يَرجِع عَلَيهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَرجِعُ فِيهِمَا لأَنَّ الرُّجُوعَ بِالمُعَاوَضَةِ أَو بِالكَفَالَةِ وَالمَوجُودُ لَيسَ إلا الإِخبَارُ كَاذِبًا فَصَارَ كَمَا إذَا قَالَ الأَجنَبِيُّ ذَلكَ أَو قَالَ العَبدُ ارتَهِنِّي فَإنِّي عَبدٌ وَهِيَ المَسأَلَةُ الثَّانِيَةُ. وَلَهُمَا أَنَّ المُشتَرِيَ شَرَعَ فِي الشِّرَاءِ مُعتَمِدًا عَلَى مَا أَمَرَهُ وَإِقرَارِهِ أَنِّي عَبدٌ، إذ القَولُ لهُ فِي الحُرِّيَّةِ فَيُجعَلُ العَبدُ بِالأَمرِ بِالشِّرَاءِ ضَامِنًا للثَّمَنِ لهُ عِندَ تَعَذُّرِ رُجُوعِهِ عَلَى البَائِعِ دَفعًا للغُرُورِ وَالضَّرَرِ، وَلا تَعَذُّرَ إلا فِيمَا لا يُعرَفُ مَكَانُهُ، وَالبَيعُ عَقدُ

مُعَاوَضَةٍ فَأَمكَنَ أَن يُجعَل الآمِرُ بِهِ ضَامِنًا للسَّلامَةِ كَمَا هُوَ مُوجِبُهُ، بِخِلافِ الرَّهنِ لأَنَّهُ ليسَ بِمُعَاوَضَةٍ بَل هُوَ وَثِيقَةٌ لاستِيفَاءِ عَينِ حَقِّهِ حَتَّى يَجُوزَ الرَّهنُ بِبَدَلِ الصَّرفِ وَالمُسلَمِ فِيهِ مَعَ حُرمَةِ الاستِبدَال فَلا يُجعَلُ الآمِرُ بِهِ ضَمَانًا للسَّلامَةِ، وَبِخِلافِ الأَجنَبِيِّ لأَنَّهُ لا يُعبأ بِقَوله فَلا يَتَحَقَّقُ الغُرُورُ. وَنَظِيرُ مَسأَلتِنَا قَولُ المَولى بَايِعُوا عَبدِي هَذَا فَإِنِّي قَد أَذِنت لهُ ثُمَّ ظَهَرَ الاستِحقَاقُ فَإِنَّهُم يَرجِعُونَ عَليهِ بِقِيمَتِهِ، ثُمَّ فِي وَضعِ المَسأَلةِ ضَربُ إِشكَالٍ عَلى قَول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لأَنَّ الدَّعوَى شَرطٌ فِي حُرِّيَّةِ العَبدِ عِندَهُ، وَالتَّنَاقُضُ يُفسِدُ الدَّعوَى. وَقِيل إِذَا كَانَ الوَضعُ فِي حُرِّيَّةِ الأَصل فَالدَّعوَى فِيهَا لَيسَ بِشَرطٍ عِندَهُ لِتَضَمُّنِهِ تَحرِيمَ فَرجِ الأُمِّ. وَقِيل هُوَ شَرطٌ لَكِنَّ التَّنَاقُضَ غَيرُ مَانِعٍ لِخفَاءِ العُلُوقِ وَإِن كَانَ الوَضعُ فِي الإِعتَاقِ فَالتَّنَاقُضُ لا يَمنَعُ لاستِبدَادِ المَولى بِهِ فَصَارَ كَالمُختَلِعَةِ تُقِيمُ البَيِّنَةَ عَلى الطَّلقَاتِ الثَّلاثِ قَبل الخُلعِ وَالمُكَاتَبِ يُقِيمُهَا عَلى الإِعتَاقِ قَبل الكِتَابَةِ.

الشرح:

وَإِنْ قَال ارْتَهِنِّي فَإِنِّي عَبْدٌ فَوَجَدَهُ حُرًّا لَمْ يَرْجِعْ المُرْتَهِنُ عَلى العَبْدِ بِحَال: أَيْ سَوَاءٌ كَانَ الرَّاهِنُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا أَيَّةَ غَيْبَةٍ كَانَتْ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَرْجِعُ عَلى العَبْدِ فِي البَيْعِ وَالرَّهْنِ؛ لأَنَّ الرُّجُوعَ فِي هَذَا العَقْدِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالمُعَاوَضَةِ أَوْ بِالكَفَالَةِ وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنْهُمَا بِمَوْجُودٍ، وَإِنَّمَا المَوْجُودُ هُوَ الإِخْبَارُ كَاذِبًا فَصَارَ كَمَا إِذَا قَال الأَجْنَبِيُّ ذَلِكَ أَوْ قَال ارْتَهِنِّي فَإِنِّي عَبْدٌ وَهِيَ المَسْأَلةُ الثَّانِيَةُ. وَلهُمَا أَنَّ المُشْتَرِيَ اعْتَمَدَ فِي شِرَائِهِ عَلى أَمْرِهِ بِقَوْلهِ اشْتَرِنِي وَإِقْرَارِهِ بِالعُبُودِيَّةِ بِقَوْلهِ فَإِنِّي عَبْدٌ إِذْ القَوْلُ قَوْلُهُ: فِي الحُرِّيَّةِ، فَحِينَ أَقَرَّ بِالعُبُودِيَّةِ غَلبَ ظَنُّ المُشْتَرِي بِذَلِكَ وَالمُعْتَمَدُ عَلى الشَّيْءِ بِأَمْرِ الغَيْرِ وَإِقْرَارِهِ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ وَالغُرُورُ فِي المُعَاوَضَاتِ التِي تَقْتَضِي سَلامَةَ العِوَضِ يُجْعَلُ سَبَبًا للضَّمَانِ دَفْعًا للغُرُورِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ كَمَا فِي المَوْلى **إِذَا قَال لأَهْل السُّوقِ هَذَا عَبْدِي وَقَدْ أَذِنْت لهُ فِي التِّجَارَةِ فَبَايَعُوهُ فَبَايَعُوهُ وَلحِقَتْهُ دُيُونٌ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ فَإِنَّهُمْ** يَرْجِعُونَ عَلى المَوْلى بِدُيُونِهِمْ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ بِحُكْمِ الغُرُورِ، وَهَذَا غُرُورٌ وَقَعَ فِي عَقْدِ المُعَاوَضَةِ، وَالعَبْدُ بِظُهُورِ حُرِّيَّتِهِ أَهْلٌ للضَّمَانِ فَيُجْعَلُ ضَامِنًا للثَّمَنِ عِنْدَ تَعَذُّرِ رُجُوعِهِ عَلى البَائِعِ دَفْعًا للضَّرَرِ وَلا تَعَذُّرَ إِلا فِيمَا لا يُعْرَفُ مَكَانُهُ.

(قَوْلُهُ: وَالبَيْعُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ) إنَّمَا صَرَّحَ بِهِ مَعَ كَوْنِهِ مَعْلُومًا مِنْ قَوْلِهِ إنَّ الْمُشْتَرِيَ شَرَعَ فِي الشِّرَاءِ تَمْهِيدًا لِلْجَوَابِ عَنْ الرَّهْنِ وَاهْتِمَامًا بِبَيَانِ اخْتِصَاصِ مُوجِبِيَّةِ الغُرُورِ لِلضَّمَانِ بِالْمُعَاوَضَاتِ وَلِهَذَا قَالُوا: إنَّ الرَّجُلَ إذَا **سَأَلَ غَيْرَهُ عَنْ أَمْنِ الطَّرِيقِ فَقَالَ اُسْلُكْ هَذَا الطَّرِيقَ فَإِنَّهُ آمَنُ فَسَلَكَهُ فَإِذَا فِيهِ لُصُوصٌ سَلَبُوا أَمْوَالَهُ** لَمْ يَضْمَنْ الْمُخْبِرُ شَيْئًا لِمَا أَنَّهُ غُرُورٌ فِيمَا لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ **قَالَ: كُلْ هَذَا الطَّعَامَ فَإِنَّهُ غَيْرُ مَسْمُومٍ فَأَكَلَ فَمَاتَ** فَظَهَرَ بِخِلافِهِ لِكَوْنِهِ تَغْرِيرًا فِي غَيْرِ الْمُعَاوَضَةِ، وَإِذَا عُرِفَ هَذَا ظَهَرَ الفَرْقُ بَيْنَ البَيْعِ وَالرَّهْنِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ بَل هُوَ وَثِيقَةٌ لاسْتِيفَاءِ عَيْنِ حَقِّهِ وَلِهَذَا جَازَ الرَّهْنُ بِبَدَلَيْ الصَّرْفِ وَالْمُسْلَمِ فِيهِ. وَإِذَا هَلَكَ يَقَعُ فِيهِ الاسْتِيفَاءُ، وَلَوْ كَانَ مُعَاوَضَةً لَكَانَ اسْتِبْدَالا بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ أَوْ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ وَهُوَ حَرَامٌ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُعَاوَضَةً لَمْ يُجْعَلِ الأَمْرُ بِهِ ضَمَانًا لِلسَّلامَةِ، وَبِخِلافِ الأَجْنَبِيِّ فَإِنَّهُ لا مُعْتَبَرَ بِقَوْلِهِ فَلا يَتَحَقَّقُ الغُرُورُ.

ثُمَّ فِي وَضْعِ الْمَسْأَلَةِ ضَرْبُ إشْكَالٍ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ أَنَّ الدَّعْوَى شَرْطٌ فِي حُرِّيَّةِ العَبْدِ عِنْدَهُ وَالتَّنَاقُضُ يُفْسِدُ الدَّعْوَى، وَالعَبْدُ بَعْدَمَا قَالَ اشْتَرِنِي فَإِنِّي عَبْدٌ إمَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْحُرِّيَّةَ أَوْ لا، وَالأَوَّلُ تَنَاقُضٌ وَالثَّانِي يَنْتَفِي بِهِ شَرْطُ الْحُرِّيَّةِ. وَالْجَوَابُ أَنَّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ فَإِذَا العَبْدُ حُرٌّ يَحْتَمِلُ حُرِّيَّةَ الأَصْلِ وَالْحُرِّيَّةَ بِعَتَاقٍ عَارِضٍ، فَإِنْ أَرَادَ الأَوَّلَ فَلَهُ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا مَا قَالَهُ عَامَّةُ الْمَشَايِخِ إنَّ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهَا عِنْدَهُ لِتَضَمُّنِهِ تَحْرِيمَ فَرْجِ الأُمِّ؛ لأَنَّ الشُّهُودَ فِي شَهَادَتِهِمْ مُحْتَاجُونَ إلَى تَعْيِينِ الأُمِّ وَفِي ذَلِكَ تَحْرِيمُهَا وَتَحْرِيمُ أَخَوَاتِهَا وَبَنَاتِهَا، فَإِنَّهُ إذَا كَانَ حُرَّ الأَصْلِ كَانَ فَرْجُ الأُمِّ عَلَى مَوْلاهُ حَرَامًا وَحُرْمَةُ الفَرْجِ مِنْ حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى، وَالدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ كَمَا فِي عِتْقِ الأَمَةِ، وَإِذَا لَمْ تَكُنْ الدَّعْوَى شَرْطًا لَمْ يَكُنْ التَّنَاقُضُ مَانِعًا.

وَالثَّانِي مَا قَالَهُ بَعْضُ الْمَشَايِخِ: إنَّ الدَّعْوَى وَإِنْ كَانَتْ شَرْطًا فِي حُرِّيَّةِ الأَصْلِ أَيْضًا عِنْدَهُ لَكِنْ يُعْذَرُ فِي التَّنَاقُضِ لِخَفَاءِ حَالِ العُلُوقِ، وَكُلُّ مَا كَانَ مَبْنَاهُ عَلَى الخَفَاءِ فَالتَّنَاقُضُ فِيهِ مَعْفُوٌّ كَمَا نَذْكُرُ، وَإِنْ أَرَادَ الثَّانِيَ فَلَهُ الوَجْهُ الثَّانِي وَهُوَ أَنْ يُقَالَ التَّنَاقُضُ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الدَّعْوَى فِي العِتْقِ لِبِنَائِهِ عَلَى الخَفَاءِ إذْ الْمَوْلَى يَسْتَبِدُّ بِهِ، فَرُبَّمَا لا يَعْلَمُ العَبْدُ إعْتَاقَهُ ثُمَّ يَعْلَمُ بَعْدَ ذَلِكَ كَالْمُخْتَلِعَةِ تُقِيمُ البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَقَاتِ الثَّلاثِ قَبْلَ الخُلْعِ

فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهَا؛ لأَنَّ الزَّوْجَ يَنْفَرِدُ بِالطَّلاقِ فَرُبَّمَا لَمْ تَكُنْ عَالِمَةً عِنْدَ الخُلعِ ثُمَّ عَلِمَتْ. وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالثَّلاثِ؛ لأَنَّهُ فِيمَا دُونَهُ أَمْكَنَ أَنْ يُقِيمَ الزَّوْجُ بَيِّنَةً أَنَّهُ قَدْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ الطَّلاقِ الذي أَثْبَتَتْهُ المَرْأَةُ بِبَيِّنَتِهَا قَبْلَ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ، وَأَمَّا فِي الثَّلاثِ فَلا يُمْكِنُ ذَلِكَ، وَكَذَا المُكَاتَبُ يُقِيمُهَا عَلَى الإِعْتَاقِ قَبْلَ الكِتَابَةِ. ثُمَّ المَرْأَةُ وَالمُكَاتَبُ يَسْتَرِدَّانِ بَدَلَ الخُلعِ وَالكِتَابَةِ بَعْدَ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ عَلَى مَا ادَّعَيَاهُ.

قَالَ (وَمَن ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ) مَعنَاهُ حَقًّا مَجهُولا (فَصَالحَهُ الذِي فِي يَدِهِ عَلى مِائَةِ دِرهَمٍ فَاستُحِقَّت الدَّارُ إِلا ذِرَاعًا مِنهَا لم يَرجِع بِشَيءٍ) لأَنَّ للمُدَّعِي أَن يَقُول دَعوَايَ فِي هَذَا البَاقِي. قَال (وَإِن ادَّعَاهَا كُلهَا فَصَالحَهُ عَلى مِائَةِ دِرهَمٍ فَاستُحِقَّ مِنهَا شَيءٌ رَجَعَ بِحِسَابِهِ) لأَنَّ التَّوفِيقَ غَيرُ مُمكِنٍ فَوَجَبَ الرُّجُوعُ بِبَدَلِهِ عِندَ فَوَاتِ سَلامَةِ المُبدَل، وَدَلت المَسأَلةُ عَلى أَنَّ الصُّلحَ عَن المَجهُول عَلى مَعلُومٍ جَائِزٌ لأَنَّ الجَهَالةَ فِيمَا يَسقُطُ لا تُفضِي إِلى المُنَازَعَةِ. وَاللهُ تَعَالى أَعلمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ ادَّعَى حَقًّا فِي دَارٍ) مَنْ ادَّعَى حَقًّا مَجْهُولا فِي دَارٍ بِيَدِ رَجُلٍ فَصَالحَهُ الذي فِي يَدِهِ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتَحَقَّ الدَّارَ إلا ذِرَاعًا مِنْهَا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ؛ لأَنَّ لِلْمُدَّعِي أَنْ يَقُول دَعْوَايَ فِي هَذَا البَاقِي، وَإِنْ **ادَّعَى كُلهَا فَصَالحَهُ عَلى مِائَةٍ فَاسْتُحِقَّ مِنْهَا شَيْءٌ** رَجَعَ بِحِسَابِهِ، إِذْ التَّوْفِيقُ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَالمِائَةُ كَانَتْ بَدَلا عَنْ كُل الدَّارِ وَلَمْ تُسَلمْ فَتَتَقْسَمُ المِائَةُ؛ لأَنَّ البَدَل يُقْسَمُ عَلَى أَجْزَاءِ المُبْدَل (وَدَلتْ المَسْأَلةُ عَلَى أَنَّ الصُّلحَ عَنْ المَجْهُول عَلَى المَعْلُومِ جَائِزٌ؛ لأَنَّ الجَهَالةَ فِيمَا يَسْقُطُ لا تُفْضِي إلى المُنَازَعَةِ) قَالُوا: وَدَلتْ أَيْضًا عَلَى أَنَّ صِحَّةَ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الصُّلحِ؛ لأَنَّ دَعْوَى الحَقِّ فِي الدَّارِ لا تَصِحُّ لِلجَهَالةِ، وَلِهَذَا **لا تُقْبَلُ البَيِّنَةُ عَلى ذَلكَ إلا إذَا ادَّعَى إقْرَارَ المُدَّعَى عَليْهِ بِذَلكَ** فَحِينَئِذٍ تَصِحُّ وَتُقْبَلُ البَيِّنَةُ.

فَصلٌ فِي بَيعِ الفُضُوليِّ

قَال (وَمَن بَاعَ مِلكَ غَيرِهِ بِغَيرِ أَمرِهِ فَالمَالكُ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أَجَازَ البَيعَ؛ وَإِن شَاءَ فَسَخَ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَنعَقِدُ لأَنَّهُ لم يَصدُر عَن وِلايَةٍ شَرعِيَّةٍ لأَنَّهَا بِالمِلكِ أَو بِإِذنِ المَالكِ وَقَد فُقِدَا، وَلا انعِقَادَ إلا بِالقُدرَةِ الشَّرعِيَّةِ. وَلنَا أَنَّهُ تَصَرُّفُ تَمليكٍ وَقَد صَدَرَ

مِن أهلهِ فِي مَحلهِ فَوَجَبَ القَولُ بِانعِقادِهِ، إذ لا ضَرَرَ فِيهِ للمَالكِ مَعَ تَخييرِهِ، بَل فِيهِ نَفعُهُ حَيثُ يَكفِي مُؤنَةَ طَلَبِ المُشتَرِي وَقَرَارُ الثَّمَنِ وَغَيرِهِ، وَفِيهِ نَفعُ العَاقِدِ لصَونِ كَلامِهِ عَن الإلغَاءِ، وَفِيهِ نَفعُ المُشتَرِي فَثَبَتَ للقُدرَةِ الشَّرعِيَّةِ تَحصِيلا لهَذِهِ الوُجُوهِ، كَيفَ وَإنَّ الإذنَ ثَابِتٌ دَلالَةً لأنَّ العَاقِل يَأذَنُ فِي التَّصَرُّفِ النَّافِعِ، قَال (وَلهُ الإجَازَةُ إذَا كَانَ المَعقُودُ عَليهِ بَاقِيًا وَالمُتَعَاقِدَانِ بِحَالِهِمَا) لأنَّ الإجَازَةَ تَصَرُّفٌ فِي العَقدِ فَلا بُدَّ مِن قِيَامِهِ وَذَلكَ بِقِيَامِ العَاقِدَينِ وَالمَعقُودِ عَليهِ.

الشرح:

مُنَاسَبَةُ هَذَا الفَصْل لبَاب الاسْتحْقَاق ظَاهرَةٌ؛ لأَنَّ بَيْعَ **الفُضُوليِّ صُورَةٌ منْ صُوَرِ الاسْتحْقَاق**؛ لأَنَّ المُسْتَحقَّ إنَّمَا يَسْتَحقُّ وَيَقُولُ عنْدَ الدَّعْوَى هَذَا ملكي وَمَنْ بَاعَك فَإنَّمَا بَاعَك بغَيْرِ إذْني فَهُوَ عَيْنُ بَيْعِ الفُضُوليِّ. وَالفُضُوليُّ بضَمِّ الفَاءِ لا غَيْرُ، وَالفَضْلُ الزِّيَادَةُ، وَقَدْ غَلَبَ جَمْعُهُ عَلى مَا لا خَيْرَ فيه، وَقيل لمَنْ يَشْتَغلُ بمَا لا يَعْنيه فُضُوليٌّ، وَهُوَ في اصْطلاحِ الفُقَهَاءِ مَنْ ليْسَ بوَكيلٍ، وَفَتْحُ الفَاءِ خَطَأٌ.

قَال (وَمَنْ بَاعَ ملكَ غَيْره بغَيْرِ أَمْره فَالمَالكُ بالخيَارِ إلخْ) وَمَنْ بَاعَ ملكَ غَيْره بغَيْرِ إذْنه فَالمَالكُ بالخيَارِ إنْ شَاءَ أَجَازَ البَيْعَ وَإنْ شَاءَ فَسَخَ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالك وَأَحْمَدَ في روَايَة. وَقَال الشَّافعيُّ في الجَديد وَهُوَ روَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ: لمْ يَنْعَقدْ؛ لأَنَّهُ لمْ يَصْدُرْ عَنْ ولايَة شَرْعيَّة؛ لأَنَّهَا بالملك أَوْ بإذْن المَالك وَقَدْ فُقدَا، وَمَا لمْ يَصْدُرْ عَنْ ولايَة شَرْعيَّة لا يَنْعَقدُ؛ لأَنَّ الانْعقَادَ لا يَكُونُ إلا بالولايَة الشَّرْعيَّة.

وَلنَا أَنَّهُ تَصرُّفُ تَمْليك، وَقَدْ صَدَرَ منْ أَهْله وَوَقَعَ في مَحله فَوَجَبَ القَوْلُ بانْعقَاده، أَمَّا أَنَّهُ تَصرُّفُ تَمْليك منْ قَبيل إضَافَة العَامِّ إلى الخَاصِّ كَعلم الفقْه فَلا نزَاعَ في ذَلكَ، وَإنَّمَا قَال تَصَرُّفُ تَمْليك وَلمْ يَقُل تَمْليكٌ؛ لأَنَّ التَّمْليكَ منْ غَيْرِ المَالك لا يُتصَوَّرُ. فَإنْ قيل: تَصَرُّفُ التَّمْليك شُرِعَ لأَجْل التَّمْليك فَإنَّ المُرَادَ بالأَسْبَاب الشَّرْعيَّة أَحْكَامُهَا، فَإذَا لمْ يُفدْ التَّصرُّفُ التَّمْليكَ كَانَ لغْوًا.

فَالجَوَابُ أَنَّ الحُكْمَ يَثْبُتُ بقَدْرِ دَليله، وَهَذَا التَّصرُّفُ لمَّا كَانَ مَوْقُوفًا لمَا نَذْكُرُ أَفَادَ حُكْمًا مَوْقُوفًا كَمَا أَنَّ السَّبَبَ البَاتَّ أَفَادَ حُكْمًا بَاتًّا أَوْ أَنَّ السَّبَبَ إنَّمَا يَكُونُ لغْوًا إذَا خَلا عَنْ الحُكْمِ، فَأَمَّا إذَا تَأَخَّرَ فَلا كَمَا في البَيْعِ بشَرْطِ الخيَارِ، وَأَمَّا صُدُورُهُ منْ

الأَهْل فَلأَنَّ أَهْلِيَّةَ التَّصَرُّف بِالعَقْل وَالبُلُوغ، وَأَمَّا المَحَلُّ فَإِنَّ مَحَل البَيْعِ هُوَ المَالُ المُتَقَوِّمُ، وَبِانْعِدَامِ الملك للعَاقد فِي المَحَل لا تَنْعَدمُ المَالِيَّةُ وَالتَّقَوُّمُ، أَلا تَرَى أَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ بِإِذْن المَالك جَازَ، وَالإِذْنُ لا يَجْعَلُ غَيْرَ المَحَل مَحَلا. وَأَمَّا وُجُوبُ القَوْل بِانْعِقَاده فَلأَنَّ الحُكْمَ عِنْدَ تَحَقُّقِ المُقْتَضِي لا يَمْتَنِعُ إلا لِمَانِعٍ وَالمَانِعُ مُنْتَفٍ؛ لأَنَّ المَانِعَ هُوَ الضَّرَرُ وَلا ضَرَرَ فِي ذَلكَ لأَحَد منْ المَالك وَالعَاقدَيْنِ، أَمَّا المَالكُ فَلأَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الإِجَازَة وَالفَسْخ، وَلَهُ فيه مَنْفَعَةٌ حَيْثُ يَكْفِي مُؤْنَةُ طَلَبِ المُشْتَرِي وَقَرَارِ الثَّمَنِ، وَأَمَّا الفُضُولِيُّ فَلأَنَّ فيه صَوْنَ كَلامه عَنْ الإِلغَاء، وَأَمَّا المُشْتَرِي فَظَاهِرٌ فَثَبَتَتْ القُدْرَةُ الشَّرْعِيَّةُ تَحْصِيلا لِهَذه المَنَافِع. فَإِنْ قِيلَ: القُدْرَةُ بِالملك أَوْ بِالإِذْن وَلَمْ يُوجَدَا. أَجَابَ عَنْ ذَلكَ مُنْكرًا بِقَوْله كَيْفَ وَأَنَّ الإِذْنَ ثَابِتٌ دَلالَةً؛ لأَنَّ العَاقِل يَأْذَنُ فِي التَّصَرُّف النَّافِع.

فَإِنْ قِيلَ: سَلمْنَا وُجُودَ المُقْتَضِي لكِنَّ المَانِعَ لَيْسَ بِمُنْحَصِرٍ فِي الضَّرَرِ بَل عَدَمُ الملك مَانِعٌ شَرْعًا لقَوْله ﷺ لحَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ «**لا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَك**» وَكَذَلكَ العَجْزُ عَنْ التَّسْليمِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ **بَيْعَ الآبِقِ وَالطَّيْرِ فِي الهَوَاء** لا يَجُوزُ مَعَ وُجُود الملك فِيهِمَا؟ فَالجَوَابُ أَنَّ قَوْلَهُ لا تَبِعْ نَهْيٌ عَنْ البَيْعِ المُطْلَقِ، وَالمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلى الكَامل، وَالكَاملُ هُوَ البَيْعُ البَاتُّ فَلا اتِّصَال لهُ بِمَوْضِعِ النِّزَاع، وَالقُدْرَةُ عَلى التَّسْليمِ بَعْدَ الإِجَازَة ثَابتَةٌ.

وَالدَّليلُ عَلى ذَلكَ مَا رَوَى الكَرْخِيُّ فِي أَوَّل كتَاب الوَكَالة قَال: حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ قَال: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مَيْمُون الخَيَّاطُ قَال: حَدَّثَنَا سُفْيَانُ عَنْ شَبِيب بْنِ غَرْقَدَةَ. قَال: أَخْبَرَنَا الحَسَنُ «عَنْ عُرْوَةَ البَارِقِيِّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ أُضْحِيَّةً، فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَجَاءَ بِشَاة وَدِينَار، فَدَعَا النَّبِيُّ ﷺ فِي بَيْعه بِالبَرَكَة فَكَانَ لوْ اشْتَرَى تُرَابًا رَبِحَ فِيه» لا يُقَالُ: عُرْوَةُ البَارِقِيُّ كَانَ وَكيلا مُطْلَقًا بِالبَيْعِ وَالشِّرَاء؛ لأَنَّهُ دَعْوَى بِلا دَليلٍ إِذْ لا يُمْكنُ إِثْبَاتُهُ بِغَيْرِ نَقْلٍ، وَالمَنْقُولُ أَنَّهُ عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لهُ أُضْحِيَّةً، وَلوْ كَانَ لنُقل عَلى سَبِيل المَدْحِ لهُ.

فَإِنْ قِيل: هَل يَجُوزُ شِرَاءُ الفُضُولِيِّ كَبَيْعه أَوْ لا؟ أُجِيبَ بِأَنَّ فيه تَفْصِيلا، وَهُوَ أَنَّ **الفُضُولِيَّ إِنْ قَال بِعْ هَذَا العَيْنَ لفُلان فَقَال المَالكُ بِعْت فَقَال الفُضُولِيُّ اشْتَرَيْت لأَجْله أَوْ قَال المَالكُ ابْتِدَاءً بِعْت هَذَا العَيْنَ لفُلان وَقَال الفُضُولِيُّ قَبلت لأَجْله فَهُوَ** عَلى هَذَا الخِلافِ. وَإِنْ قَال اشْتَرَيْت منْك هَذَا العَيْنَ لأَجْل فُلانٍ فَقَال المَالكُ بِعْت أَوْ قَال المَالكُ

بِعْت مِنْك هَذَا العَيْنَ لأَجْل فُلانٍ فَقَال اشْتَرَيْت لا يَتَوَقَّفُ عَلى إجَازَةِ فُلان؛ لأَنَّهُ وَجَدَ نَفَاذًا عَلى المُشْتَري حَيْثُ أُضيفَ إلَيْه ظَاهِرًا فَلا حَاجَةَ إلى الإيقَافِ عَلى رِضَا الغَيْر. وَقَوْلُهُ: لأَجْل فُلانٍ يَحْتَمِلُ لأَجْل رِضَاهُ وَشَفَاعَته وَغَيْرِ ذَلكَ، بخلافِ البَيْعِ فَإنَّهُ لَمْ يَجدْ نَفَاذًا عَلى غَيْرِ المَالكِ وَلَمْ يَنْفُذْ عَلى المَالك فَاحْتيجَ إلى الإيقَافِ عَلى رِضَا الغَيْرِ، وَإلى هَذَا الوَجْه أَشَارَ المُصَنِّفُ بَعْدُ بِقَوْله وَالشِّرَاءُ لا يَتَوَقَّفُ عَلى الإجَازَة.

(قَوْلُهُ: وَلهُ) أيْ للمَالكِ (الإجَازَةُ). اعْلَمْ أَنَّ الفُضُوليَّ إمَّا أَنْ يَبِيعَ العَيْنَ بِثَمَنٍ دَيْنٍ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانير وَالفُلُوسِ وَالكَيْليُّ وَالوَزْنِيُّ المَوْصُوفُ بِغَيْرِ عَيْنِه، وَإمَّا أَنْ يَبِيعَ بِثَمَنٍ عَيْنٍ، فَإنْ كَانَ الأَوَّلُ فَللمَالك الإجَازَةُ إذَا كَانَ المَعْقُودُ عَلَيْه بَاقِيًا وَالمُتَعَاقدَان بحَالهمَا، فَإنْ أَجَازَ حَال قِيَامِ الأَرْبَعَة جَازَ البَيْعُ لمَا ذُكِرَ أَنَّ الإجَازَةَ تُصَرِّفُ فِي العَقْد فَلا بُدَّ مِنْ قِيَامه وَذَلكَ بِقِيَامِ العَاقدَيْنِ وَالمَعْقُود عَلَيْه وَكَانَتْ الإجَازَةُ اللاحقَةُ كَالوَكَالة السَّابقَة فَيَكُونُ البَائعُ بمَنْزلة الوَكيل وَالثَّمَنُ مَمْلُوكٌ للمَالك أَمَانَةً فِي يَد الفُضُوليِّ وَإنْ كَانَ الثَّاني فَيُحْتَاجُ إلى قِيَامِ خَمْسَة أَشْيَاءَ: مَا ذَكَرْنَا منْ الأُمُورِ الأَرْبَعَة، وَقِيَامُ ذَلكَ العَرَضِ أَيْضًا.

وَالإجَازَةُ اللاحقَةُ إجَازَةُ نَقْد بأَنْ يَنْقُدَ البَائعُ مَا بَاعَ ثَمَنًا لمَا مَلَكَهُ بالعَقْد لا إجَازَةَ عَقْد؛ لأَنَّ العَقْدَ لازِمٌ عَلى الفُضُوليِّ وَالعَرَضُ الثَّمَنُ مَمْلُوكٌ لهُ، وَعَلَيْه مثْلُ المَبيعِ إنْ كَانَ مثْليًّا، وَقيمَتُهُ إنْ كَانَ قيميًّا؛ لأَنَّ الثَّمَنَ إذَا كَانَ عَرَضًا صَارَ البَائعُ منْ وَجْه مُشْتَريًا، وَالشِّرَاءُ إذَا وَجَدَ نَفَاذًا عَلى العَاقد لا يَتَوَقَّفُ عَلى الإجَازَة؛ وَكَمَا أَنَّ للمَالك الفَسْخَ فَكَذَا لكُلٍّ منْ الفُضُوليِّ وَالمُشْتَري؛ لأَنَّ حُقُوقَ العَقْد تَرْجعُ إلى الفُضُوليِّ فَلهُ أَنْ يَتحَرَّزَ عَنْ التزَامِ العُهْدَة، بخلافِ الفُضُوليِّ فِي النِّكَاحِ فَإنَّ فَسْخَهُ قَبْل الإجَازَة بَاطلٌ؛ لأَنَّ الحُقُوقَ لا تَرْجعُ إلَيْه وَهُوَ فيه مُعَبِّرٌ، فَإذَا عَبَّرَ فَقَدْ انْتَهَى فَصَارَ هُوَ بمَنْزلة الأَجْنَبيِّ. وَلوْ فَسَخَتْ المَرْأَةُ نكَاحَهَا قَبْل الإجَازَة انْفَسَخَ.

وَإذَا أَجَازَ المَالكُ كَانَ الثَّمَنُ مَملُوكًا لهُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ بِمَنْزِلةِ الوَكِيل، لأَنَّ الإجَازَةَ اللاحِقَةَ بِمَنْزِلةِ الوَكَالةِ السَّابِقَةِ، وَللفُضُوليِّ أَن يَفسَخَ قَبل الإجَازَةِ دَفعًا للحُقُوقِ عَن نَفسِهِ، بِخِلافِ الفُضُوليِّ فِي النِّكَاحِ لأَنَّهُ مُعَبِّرٌ مَحضٌ، هَذَا إذَا كَانَ الثَّمَنُ دينًا، فَإن كَانَ عَرضًا مُعَيَّنًا إنَّمَا تَصِحُ الإجَازَةُ إذَا كَانَ العَرضُ بَاقِيًا أَيضًا. ثُمَّ الإجَازَةُ إجَازَةُ نَقدٍ لا إجَازَةُ عَقدٍ حَتَّى يَكُونَ العَرضُ الثَّمَنُ مَملُوكًا للفُضُوليِّ، وَعَليهِ مِثلُ المَبِيعِ إن كَانَ مِثليًّا أَو قِيمَتُهُ

إن لم يَكُن مِثليًّا، لأنَّهُ شِراءٌ مِن وَجهٍ وَالشِّرَاءُ لا يَتَوَقَّفُ عَلى الإجَازَةِ.

(وَلو هَلكَ المَالكُ) لا يَنفُذُ بِإجَازَةِ الوَارِثِ فِي الفَصلينِ لأنَّهُ تَوَقَّفَ عَلى إجَازَةِ المُوَرِّثِ لنَفسِهِ فَلا يَجُوزُ بِإجَازَةِ غَيرِهِ. وَلو أَجَازَ المَالكُ فِي حَيَاتِهِ وَلا يَعلمُ حَالَ المَبِيعِ جَازَ البَيعُ فِي قَولِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَوَّلا، وَهُوَ قَولُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لأنَّ الأصل بَقَاؤُهُ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالَ: لا يَصِحُّ حَتَّى يَعلمَ قِيَامَهُ عِندَ الإجَازَةِ لأنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرطِ الإجَازَةِ فَلا يَثبُتُ مَعَ الشَّكِّ.

الشرح:

وَلوْ هَلكَ المَالكُ لا يَنْفُذُ بِإجَازَةِ الوَارِثِ فِي الفَصْليْنِ: أَيْ فِيمَا إذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا أَوْ عَرَضًا؛ لأَنَّهُ تَوَقَّفَ عَلى إجَازَةِ المُوَرِّثِ لنَفْسِه فَلا يَجُوزُ لإجَازَةِ غَيْرِه. وَاسْتُشْكِل بِمَا إذَا **تَزَوَّجَتْ أَمَةٌ بِرَجُلٍ قَدْ وَطِئَهَا مَوْلاهَا بِغَيْرِ إذْنه فَمَاتَ المَوْلى قَبْل الإجَازَة وَوَرِثَهَا ابْنُهُ** فَإنَّ النِّكَاحَ تَوَقَّفَ عَلى إجَازَةِ الابْنِ، فَإنْ أَجَازَ صَحَّ وَإلا فَلا، فَهَذه فُضُوليَّةٌ وَتَوَقَّفَ عَمَلُهَا عَلى إجَازَةِ الوَارِث. أُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ التَّوَقُّف لطَرَيَان الحل البَاتِّ عَلى الحل المَوْقُوف؛ لأَنَّهُ يُبْطِلُهُ، وَهَاهُنَا لَمْ يَطْرَأْ للوَارِث حلٌّ بَاتٌّ لكَوْنهَا مَوْطُوءَةَ الأَب فَيَتَوَقَّفُ دَفْعًا للضَّرَرِ عَنْ الوَارِثِ إذْ هُوَ قَائمٌ مَقَامَ المُوَرِّث، حَتَّى لوْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةَ الأَب بَطَل نكَاحُهَا.

(وَلوْ أَجَازَ المَالكُ فِي حَيَاته وَلَمْ يَعْلَمْ حَال المَبِيعِ) منْ حَيْثُ الوُجُودُ وَالعَدَمُ (جَازَ البَيْعُ) فِي قَوْل أَبِي يُوسُفَ أَوَّلا وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّد؛ لأَنَّ الأَصْل بَقَاؤُهُ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ وَقَال: لا يَصِحُّ حَتَّى يَعْلَمَ قِيَامَهُ عِنْدَ الإجَازَة؛ لأَنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرْط الإجَازَة، وَهُوَ قِيَامُ المَبِيعِ فَلا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ. فَإنْ قِيل: الشَّكُّ هُوَ مَا اسْتَوَى طَرَفَاهُ وَهَاهُنَا طَرَفُ البَقَاءِ رَاجِحٌ إذْ أَصْلُ البَقَاء مَا لَمْ يُتَيَقَّنْ بِالمُزِيل وَهَاهُنَا لَمْ يُتَيَقَّنْ. أُجِيبَ بِأَنَّ الاسْتصْحَابَ حُجَّةٌ دَافعَةٌ لا مُثْبِتَةٌ، وَنَحْنُ هَاهُنَا نَحْتَاجُ إلى **ثُبُوتِ الملك فِي المَعْقُود عَليْه لمَنْ** وَقَعَ لهُ الشِّرَاءُ فَلا يَصْلُحُ فيه حُجَّةٌ.

قَال (وَمَن غَصَبَ عَبدًا فَبَاعَهُ وَأَعتَقَهُ المُشتَرِي ثُمَّ أَجَازَ المَولى البَيعَ فَالعِتقُ جَائِزٌ) استِحسَانًا، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُمُ اللهُ: لا يَجُوزُ لأنَّهُ لا

عِتقَ بِدُونِ المِلكِ، قَال عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا عِتقَ فِيمَا لا يَملكُ ابنُ آدَمَ»[(١)] وَالمَوقُوفُ لا يُفِيدُ المِلكَ، وَلو ثَبَتَ فِي الآخِرَةِ يَثبُتُ مُستَنِدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِن وَجهٍ دُونَ وَجهٍ، وَالمُصَحِّحُ للإِعتَاقِ المِلكُ الكَامِلُ لِمَا رَوَينَا، وَلهَذَا لا يَصِحُّ أَن يُعتِقَ الغَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدِّيَ الضَّمَانَ، وَلا أَن يُعتِقَ المُشتَرِي وَالخِيَارُ للبَائِعِ ثُمَّ يُجِيزُ البَائِعُ ذَلكَ، وَكَذَا لا يَصِحُّ بَيعُ المُشتَرِي مِن الغَاصِبِ فِيمَا نَحنُ فِيهِ مَعَ أَنَّهُ أَسرَعُ نَفَاذًا حَتَّى نَفَذَ مِن الغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الضَّمَانَ، وَكَذَا لا يَصِحُّ إِعتَاقُ المُشتَرِي مِن الغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ.

وَلهُمَا أَنَّ المِلكَ ثَبَتَ مَوقُوفًا بِتَصَرُّفٍ مُطلقٍ مَوضُوعٍ لإِفَادَةِ المِلكِ، وَلا ضَرَرَ فِيهِ عَلى مَا مَرَّ فَتَوَقَّفَ الإِعتَاقُ مُرَتَّبًا عَليهِ وَيَنفُذُ بِنَفَاذِهِ فَصَارَ كَإِعتَاقِ المُشتَرِي مِن الرَّاهِنِ وَكَإِعتَاقِ الوَارِثِ عَبدًا مِن التَّركَةِ وَهِيَ مُستَغرِقَةٌ بِالدُّيُونِ يَصِحُّ، وَيَنفُذُ إِذَا قَضَى الدُّيُونَ بَعدَ ذَلكَ، بِخِلافِ إِعتَاقِ الغَاصِبِ بِنَفسِهِ لأَنَّ الغَصبَ غَيرُ مَوضُوعٍ لإِفَادَةِ المِلكِ، وَبِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ فِي البَيعِ خِيَارُ البَائِعِ لأَنَّهُ ليسَ بِمُطلقٍ، وَقِرَانُ الشَّرطِ بِهِ يَمنَعُ انعِقَادَهُ فِي حَقِّ الحُكمِ أَصلا، وَبِخِلافِ بَيعِ المُشتَرِي مِن الغَاصِبِ إِذَا بَاعَ لأَنَّ بِالإِجَازَةِ يَثبُتُ للبَائِعِ مِلكٌ بَاتٌّ، فَإِذَا طَرَأَ عَلى مِلكٍ مَوقُوفٍ لغَيرِهِ أَبطَلَهُ، وَأَمَّا إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ يَنفُذُ إِعتَاقُ المُشتَرِي مِنهُ كَذَا ذَكَرَهُ هِلالٌ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ الأَصَحُّ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَأَعْتَقَهُ المُشْتَرِي). قِيل جَرَتْ هَذِه المُحَاوَرَةُ فِي هَذِه المَسْأَلة بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ حِين عَرَضَ عَليْه هَذَا الكِتَابَ. قَال أَبُو يُوسُفَ: مَا رَوَيْت لك عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ العِتْقَ جَائِزٌ، وَإِنَّمَا رَوَيْت أَنَّ العِتْقَ بَاطِلٌ. وَقَال مُحَمَّدٌ: بَل رَوَيْت أَنَّ العِتْقَ جَائِزٌ. وَصُورَتُهَا مَا ذَكَرَهُ فِي الكِتَاب (**وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَبَاعَهُ وَأَعْتَقَهُ المُشْتَرِي ثُمَّ أَجَازَ المَوْلى البَيْعَ وَالعِتْقَ** جَازَ اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَال مُحَمَّدٌ: لا يَجُوزُ؛ لأَنَّهُ لا عِتْقَ بِدُونِ المِلك لقَوْله عَليْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا عِتْقَ فِيمَا لا يَمْلكُ ابْنُ آدَمَ**») لا مِلكَ هَاهُنَا.

لأَنَّ (المَوْقُوفَ لا يُفِيدُ المِلكَ) فِي الحَال وَمَا يَثْبُتُ فِي الآخِرَة فَهُوَ مُسْتَنِدٌ، وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهٍ وَذَلكَ غَيْرُ مُصَحِّحٍ للإِعْتَاقِ (إِذْ المُصَحِّحُ لهُ هُوَ المِلكُ الكَامِلُ) المَدْلُولُ

(١) أخرجه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وابن ماجه (٢٠٤٧).

عَلَيْه بِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلا يُشْكِلُ بِالْمُكَاتَبِ فَإِنَّ إعْتَاقَهُ جَائِزٌ، وَلَيْسَ الْمِلْكُ فِيه كَامِلا؛ لأَنَّ مَحَلَ العِتْقِ هُوَ الرَّقَبَةُ وَالْمِلْكُ فِيهَا كَامِلٌ فِيه، وَاسْتَوْضَحَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِفُرُوعٍ تُؤْنِسُ ذَلِكَ وَهُوَ قَوْلُهُ: (وَلِهَذَا لا يَصِحُّ أَنْ يُعْتِقَ الغَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدِّيَ الضَّمَانَ) وَهُوَ رَاجِعٌ إلى قَوْلِه؛ لأَنَّهُ لا عِتْقَ بِدُونِ الْمِلْكِ.

وَقَوْلُهُ: (وَلا أَنْ يُعْتِقَ الْمُشْتَرِي وَالخِيَارُ للبَائِعِ ثُمَّ يُجِيزَ البَائِعُ) وَهُوَ رَاجِعٌ إلى قَوْلِه وَالْمَوْقُوفُ لا يُفِيدُ الْمِلْكَ. وَقَوْلُهُ: (وَكَذَا لا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنْ الغَاصِبِ) يَعْنِي أَنَّ **الْمُشْتَرِيَ مِنْ الغَاصِبِ إذَا بَاعَ مِنْ الغَيْرِ ثُمَّ أَجَازَ الْمَالِكُ البَيْعَ الأَوَّلَ** لا يَصِحُّ هَذَا البَيْعُ الثَّانِي، فَكَذَا إذَا أَعْتَقَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ مَعَ أَنَّ البَيْعَ أَسْرَعُ نَفَاذًا مِنْ العِتْقِ؛ أَلا تَرَى أَنَّ **الغَاصِبَ إذَا بَاعَ ثُمَّ ضَمِنَ** نَفَذَ بَيْعُهُ؛ وَلَوْ أَعْتَقَ ثُمَّ ضَمِنَ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ، وَإِذَا لَمْ يَنْفُذْ مَا هُوَ أَسْرَعُ نُفُوذًا فَلأَنْ لا يَنْفُذَ غَيْرُهُ أَوْلى (قَوْلُهُ: وَكَذَا لا يَصِحُّ إعْتَاقُ الْمُشْتَرِي مِنْ الغَاصِبِ إذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ.

وَلَهُمَا أَنَّ الْمِلْكَ) فِيه (ثَبَتَ مَوْقُوفًا) وَالإِعْتَاقُ يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ مَوْقُوفًا عَلى الْمِلْكِ الْمَوْقُوفِ وَيَنْفُذُ بِنَفَاذِه، أَمَّا أَنَّهُ ثَبَتَ فَلِوُجُودِ الْمُقْتَضِي وَهُوَ التَّصَرُّفُ الْمُطْلَقُ الْمَوْضُوعُ لإِفَادَةِ الْمِلْكِ وَلانْتِفَاءِ الْمَانِعِ وَهُوَ الضَّرَرُ، وَأَمَّا أَنَّهُ مَوْقُوفٌ فَلِمَا تَقَدَّمَ، وَأَمَّا أَنَّ الإِعْتَاقَ يَجُوزُ أَنْ يَتَوَقَّفَ عَلى ذَلِكَ فَبِالقِيَاسِ عَلى إعْتَاقِ الْمُشْتَرِي مِنْ الرَّاهِنِ بِجَامِعِ كَوْنِه إعْتَاقًا فِي بَيْعٍ مَوْقُوفٍ وَبِالقِيَاسِ عَلى **إعْتَاقِ الوَارِثِ عَبْدًا مِنْ التَّرِكَةِ وَهِيَ مُسْتَغْرَقَةٌ بِالدُّيُونِ** فَإِنَّهُ يَصِحُّ وَيَنْفُذُ إذَا قَضَى الدُّيُونَ بَعْدَ ذَلِكَ بِجَامِعِ كَوْنِه إعْتَاقًا مَوْقُوفًا فِي مِلْكٍ مَوْقُوفٍ، وَهَذَا أَبْعَدُ مِنْ الأَوَّلِ ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ للاسْتِظْهَارِ بِه، وَاحْتَرَزَ بِقَوْلِه الْمُطْلَقُ عَنْ البَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ، وَبِقَوْلِه مَوْضُوعٌ لإِفَادَةِ الْمِلْكِ عَنْ الغَصْبِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لإِفَادَةِ الْمِلْكِ، وَعَلى هَذَا يَخْرُجُ جَوَابُ مُحَمَّدٍ عَنْ الْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ، فَإِنَّ إعْتَاقَ الغَاصِبِ إنَّمَا لَمْ يَنْفُذْ بَعْدَ ضَمَانِ القِيمَةِ؛ لأَنَّ الغَصْبَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لإِفَادَةِ الْمِلْكِ.

قَالَ فِي النِّهَايَةِ: وَبِهَذَا التَّعْلِيلِ لا يَتِمُّ مَا ادَّعَاهُ فَإِنَّهُ يَرِدُ عَلَيْه أَنْ يُقَالَ: لَمَّا كَانَ غَيْرَ مَوْضُوعٍ لإِفَادَةِ الْمِلْكِ وَجَبَ أَنْ لا يَنْفُذَ بَيْعُهُ أَيْضًا عِنْدَ إجَازَةِ الْمَالِكِ كَمَا لا يَنْفُذُ عِتْقُهُ عِنْدَ إجَازَةِ الْمَالِكِ لِمَا أَنَّ كُلا مِنْ جَوَازِ البَيْعِ وَجَوَازِ العِتْقِ مُحْتَاجٌ إلى الْمِلْكِ وَالْمِلْكُ هُنَا بِالإِجَازَةِ، وَلَكِنَّ وَجْهَ تَمَامِ التَّعْلِيلِ فِيمَا ذَكَرَهُ فِي الْمَبْسُوطِ وَقَالَ: وَهَذَا بِخِلافِ

الغَاصِب إذَا أُعْتِقَ ثُمَّ ضَمِنَ القِيمَةَ؛ لأَنَّ المُسْتَنَدَ به حُكْمُ الملك لا حَقِيقَةُ الملك، وَلِهَذَا لا يَسْتَحِقُّ الزَّوَائِدَ المُنْفَصلة وَحُكْمُ الملك يَكْفِي لِنُفُوذ البَيْعِ دُونَ العِتْقِ كَحُكْمِ ملك المُكَاتَبِ فِي كَسْبه وَهَاهُنَا الثَّابتُ للمُشْتَرِي مِنْ وَقْتِ العَقْد حَقِيقَةُ الملك وَلِهَذَا اسْتَحَقَّ الزَّوَائِدَ المُتَّصلة وَالمُنْفَصلة، وَلَوْ قُدِّرَ فِي كَلامِ المُصَنِّف مُضَافٌ: أَيْ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لإِفَادَةِ حَقِيقَةِ الملك لتساوى الكَلامَان عَلى أَنَّهُ لَيْسَ بوَارِدٍ؛ لأَنَّ البَيْعَ لا يَحْتَاجُ إلى ملكٍ بَل يَكْفِي فيه حُكْمُ الملك وَالغَصْبُ يُفِيدُهُ.

(قَوْلُهُ: بخلاف مَا إذَا كَانَ فِي البَيْعِ خيَارُ البَائِع) جَوَابٌ عَنْ المَسْأَلة الثَّانيَة فَإِنَّ البَيْعَ بالخِيَارِ لَيْسَ بِمُطْلَقٍ فَالسَّبَبُ فيه غَيْرُ تَامٍّ، فَإِنَّ قَوْلَهُ عَلى أَنِّي بالخِيَارِ مَقْرُونٌ بالعَقْد نَصًّا، وَقرَانُ الشَّرْط بالعَقْد يَمْنَعُ كَوْنَهُ سَبَبًا قَبْل وُجُود الشَّرْط فَيَنْعَقدُ به أَصْلُ العَقْد وَلكِنْ يَكُونُ فِي حَقِّ الحُكْمِ كَالمُعَلق بالشَّرْط، وَالمُعَلقُ به مَعْدُومٌ قَبْلَهُ (قَوْلُهُ: وَبخلاف بَيْعِ المُشْتَرِي مِنْ الغَاصِب) جَوَابٌ عَنْ الثَّالثَة. وَوَجْهُهُ مَا قَال؛ لأَنَّ بالإِجَازَة يَثْبُتُ للبَائِعِ ملكٌ بَاتٌّ فَإِذَا طَرَأَ عَلى ملكٍ مَوْقُوفٍ لغَيْره أَبْطَلَهُ لعَدَمِ تَصَوُّرِ اجْتِمَاعِ الملكِ البَاتِّ وَالمَوْقُوفُ عَلى مَحَلٍّ وَاحد.

وَفيه بَحْثٌ منْ وَجْهَيْنِ: الأَوَّلُ أَنَّ الغَاصِبَ إذَا بَاعَ ثُمَّ أَدَّى الضَّمَانَ يَنْقَلبُ بَيْعُ الغَاصِب جَائِزًا وَإِنْ طَرَأَ الملكُ الذي ثَبَتَ للغَاصِب بأَدَاءِ الضَّمَان عَلى ملك المُشْتَرِي الذي اشْتَرَى منْهُ وَهُوَ مَوْقُوفٌ. الثَّاني أَنَّ طُرُوءَ الملك البَاتِّ عَلى المَوْقُوف لوْ كَانَ مُبْطلا لهُ لكَانَ مَانعًا عَنْ المَوْقُوف؛ لأَنَّ الدَّفْعَ أَسْهَلُ منْ الرَّفْعِ، لكنَّهُ لَيْسَ بمَانعٍ بدَليل انْعقَاد بَيْعِ الفُضُوليِّ فَإِنَّ ملكَ المَالك بَاتٌّ فَكَانَ يَجبُ أَنْ **يُمْنَعَ بَيْعُ الفُضُوليِّ** وَلَيْسَ كَذَلكَ. وَأُجيبَ عَنْ الأَوَّل بأَنَّ ثُبُوتَ الملك للغَاصب ضَرُورَةُ الضَّمَان فَلا يَتَعَدَّى إلى إبْطَال حَقِّ المُشْتَرِي وَعَنْ الثَّاني بأَنَّ البَيْعَ المَوْقُوفَ غَيْرُ مَوْجُود فِي حَقِّ المَالك بَل يُوجَدُ منْ الفُضُوليِّ، وَالمَنْعُ إنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الوُجُود، أَمَّا **المَالكُ إذَا أَجَازَ بَيْعَ الفُضُوليِّ فَقَدْ ثَبَتَ للمُشْتَرِي ملكٌ بَاتٌّ** فَأَبْطَل المَوْقُوفَ لمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الملكَ البَاتَّ وَالمَوْقُوفَ لا يَجْتَمعَان فِي مَحَلٍّ وَاحد، وَفيه نَظَرٌ؛ لأَنَّ مَا يَكُونُ بَعْدَ الوُجُود رَفْعٌ لا مَنْعٌ، وَفِي الحَقيقَة هُوَ مُغَالطَةٌ فَإِنَّ كَلامَنَا فِي أَنَّ طُرُوءَ الملك البَاتِّ يُبْطلُ المَوْقُوفَ وَلَيْسَ ملكُ المَالك طَارئًا حَتَّى يَتَوَجَّهَ السُّؤَالُ.

وَقَوْلُهُ: (أَمَّا إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ) جَوَابٌ عَنْ الرَّابِعَة. وَتَقْرِيرُهُ: أَمَّا إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ فَلا نُسَلِمُ أَنَّ إِعْتَاقَ الْمُشْتَرِي مِنْهُ لا يَنْفُذُ بَل يَنْفُذُ، كَذَا ذَكَرَهُ هلالٌ فِي كِتَابِ الوَقْفِ فَقَال: يَنْفُذُ وَقْفُهُ عَلى طَرِيقَة الاسْتحْسَان فَالعتْقُ أَوْلى. قَال الْمُصَنِّفُ: وَهُوَ الأَصَحُّ، وَلئِنْ سُلم فَنَقُولُ: هُنَاكَ الْمُشْتَرِي يَمْلكُهُ مِنْ جهَة الغَاصِب وَحَقيقَةُ الملك لا تَسْتَندُ للغَاصِب كَمَا تَقَدَّمَ فَكَيْفَ تَسْتَندُ لَمَنْ يَتَملكُهُ منْ جهَته فَلهَذَا لا يَنْفُذُ عتْقُهُ، وَهَاهُنَا إِنَّمَا يَسْتَندُ الملكُ لهُ إلى وَقْت العَقْد منْ جهَة الْمُجيز، وَالْمُجيزُ كَانَ مَالكًا لهُ حَقيقَةً فَيُمْكنُ إِثْبَاتُ حَقيقَة الملك للمُشْتَري منْ وَقْت العَقْد.

قَال (فَإِن قُطِعَت يَدُ العَبدِ فَأَخَذَ أَرشَهَا ثُمَّ أَجَازَ المَولى البيعَ فَالأَرشُ للمُشتَرِي) لأَنَّ المِلكَ قَد تَمَّ لهُ مِن وَقتِ الشِّرَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ القَطعَ حَصَل عَلى مِلكِهِ وَهَذِهِ حُجَّةٌ عَلى مُحَمَّدٍ، وَالعُذرُ لهُ أَنَّ المِلكَ مِن وَجهٍ يَكفِي لاستِحقَاقِ الأَرشِ كَالْمُكَاتَبِ إِذَا قُطِعَت يَدُهُ وَأَخَذَ الأَرشَ ثُمَّ رُدَّ فِي الرِّقِّ يَكُونُ الأَرشُ للمَولى، فَكَذَا إِذَا قُطِعَت يَدُ المُشتَرَى فِي يَدِ المُشتَرِي وَالخِيَارُ للبَائِعِ ثُمَّ أُجِيزَ البَيعُ فَالأَرشُ للمُشتَرِي، بِخِلافِ الإِعتَاقِ عَلى مَا مَرَّ. (وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلى نِصفِ الثَّمَنِ) لأَنَّهُ لم يَدخُل فِي ضَمَانِهِ أَو فِيهِ شُبهَةُ عَدَمِ المِلكِ قَال: فَإِن بَاعَهُ المُشتَرِي مِن آخَرَ ثُمَّ أَجَازَ المَولى البَيعَ الأَوَّل لم يَجُز البَيعُ الثَّانِي لِمَا ذَكَرنَا، وَلأَنَّ فِيهِ غَرَرَ الانفِسَاخِ عَلى اعتِبَارِ عَدَمِ الإِجَازَةِ فِي البَيعِ الأَوَّل وَالبَيعُ يَفسُدُ بِهِ، بِخِلافِ الإِعتَاقِ عِندَهُمَا لأَنَّهُ لا يُؤَثِّرُ فِيهِ الغَرَرُ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ قُطعَتْ يَدُ العَبْد إلخ) إِذَا قُطعَتْ يَدُ العَبْد فِي يَد الْمُشْتَري منْ الغَاصب وَأَخَذَ الْمُشْتَري أَرْشَهَا ثُمَّ أَجَازَ الْمَالكُ البَيْعَ فَالأَرْشُ للمُشْتَري؛ لأَنَّ الملكَ بالإِجَازَة قَدْ تَمَّ للمُشْتَري منْ وَقْت الشِّرَاء؛ لأَنَّ سَبَبَ الملك هُوَ العَقْدُ وَكَانَ تَامًّا فِي نَفْسه، وَلكنْ امْتَنَعَ ثُبُوتُ الملك لهُ الْمَانعُ وَهُوَ حَقُّ الْمَغْصُوب منْهُ، فَإِذَا ارْتَفَعَ بالإِجَازَة ثَبَتَ الملكُ منْ وَقْت السَّبَب لكَوْن الإِجَازَة فِي الانْتهَاء كَالإِذْن فِي الابْتدَاء فَتَبَيَّنَ أَنَّ القَطْعَ حَصَل عَلى ملكه فَيَكُونُ الأَرْشُ لهُ، وَعَلى هَذَا كُلُّ مَا حَدَثَ للجَاريَة عنْدَ الْمُشْتَري منْ وَلد وَكَسْب فَإِنْ لمْ يُسَلمْ الْمَالكُ المَبيعَ أَخَذَ جَميعَ ذَلكَ مَعَهَا؛ لأَنَّ ملكَهُ بَقيَ مُتَقَرِّرًا فيهَا، وَالكَسْبُ وَالأَرْشُ وَالوَلدُ لا يُمْلكُ إلا بملك الأَصْل. وَاعْتُرضَ بمَا إِذَا **غَصَبَ عَبْدًا**

فَقُطعَتْ يَدُهُ وَضَمنَهُ الغَاصِبُ فَإِنَّهُ لا يَمْلكُ الأَرْشَ وَإِنْ مَلكَ المَضْمُونَ.

وَبالفُضُوليِّ إِذَا **قَال لامْرَأَة أَمْرُك بِيَدك فطَلَقَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ بَلغَ الخَبَرُ الزَّوْجَ فَأَجَازَ** صَحَّ التَّفْويضُ دُونَ التَّطْليقِ وَإِنْ ثَبَتَتْ المَالكيَّةُ لَهَا مِنْ حِين التَّفْويضِ حُكْمًا للإِجَازَة. وَأُجيبَ عَنْ الأَوَّل بأَنَّ الملكَ فِي المَغْصُوب ثَبتَ ضَرُورَةً عَلى مَا عُرفَ وَهيَ تَنْدَفعُ بثُبُوته منْ وَقْت الأَدَاء فَلا يَمْلكُ الأَرْشَ لعَدَم حُصُوله فِي ملكه. وَعَنْ الثَّاني بأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ كُل تَصرُّف تَوَقَّفَ حُكْمُهُ عَلى شَيْءٍ يَجبُ أَنْ يُجْعَل مُعَلقًا بالشَّرْط لا سَبَبًا منْ وَقْت وُجُوده لئَلا يَتَخَلفَ الحُكْمُ عَنْ السَّبَب إلا فيمَا لا يَحْتَملُ التَّعْليقَ بالشَّرْط كَالبَيْع وَنَحْوه فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ سَبَبًا منْ وَقْت وُجُوده مُتَأَخِّرًا حُكْمُهُ إِلى وَقْت الإِجَازَة.

فَعنْدَهُمَا يَثْبُتُ الملكُ منْ وَقْت العَقْد وَالتَّفْويضِ ممَّا يَحْتَملُهُ فَجُعل المَوْجُودُ منْ الفُضُوليِّ مُعَلقًا بالإِجَازَة فَعنْدَهَا يَصيرُ كَأَنَّهُ وُجدَ الآنَ فَلا يَثْبُتُ حُكْمُهُ إلا منْ وَقْت الإِجَازَة، وَهَذه أَيْ كَوْنُ الأَرْشِ للمُشْتَري حُجَّةٌ عَلى مُحَمَّد فِي عَدَم تَجْويز الإِعْتَاق فِي الملك المَوْقُوف لمَا أَنَّهُ لوْ لمْ يَكُنْ للمُشْتَري شَيْءٌ منْ الملك لمَا كَانَ لهُ الأَرْشُ عنْدَ الإِجَازَة كَمَا فِي الغَصْب حَيْثُ لا يَكُونُ لهُ ذَلكَ عنْدَ أَدَاء الضَّمَان وَالعُذْرُ: أَيْ الجَوَابُ لهُ عَنْ هَذه الحُجَّة أَنَّ الملكَ منْ وَجْه كَاف لاسْتحْقَاق الأَرْشِ كَالمُكَاتَب إِذَا قُطعَتْ يَدُهُ وَأَخَذَ الأَرْشَ ثُمَّ رُدَّ رَقيقًا فَإِنَّ الأَرْشَ للمَوْلى، وَكَمَا إِذَا **قُطعَتْ يَدُ المُشْتَري فِي يَد المُشْتَري وَالخيَارُ للبَائع ثُمَّ أَجَازَ البَيْعَ** فَإِنَّ الأَرْشَ للمُشْتَري لثُبُوت الملك منْ وَجْه، بخلاف الإِعْتَاق: يَعْني لا يَنْفُذُ إِعْتَاقُ المُشْتَري فيمَا إِذَا كَانَ الخيَارُ للبَائع عَلى مَا مَرَّ، وَهُوَ قَوْلُهُ: وَبخلاف مَا إِذَا كَانَ فِي البَيْع خيَارٌ للبَائع؛ لأَنَّهُ ليْسَ بمُطْلق وَقرَانُ الشَّرْط به يَمْنَعُ انْعقَادَهُ، كَذَا فِي النِّهَايَة. وَقيل بخلاف الإِعْتَاق مُتَعَلقٌ بقَوْله إِنَّ الملكَ منْ وَجْه يَكْفي لاسْتحْقَاق الأَرْشِ: يَعْني أَنَّ إِعْتَاقَ المُشْتَري منْ الغَاصب بَعْدَ الإِجَازَة لا يَنْفُذُ عنْدَ مُحَمَّد؛ لأَنَّ المُصَحِّحَ للإِعْتَاق هُوَ الملكُ الكَاملُ لا الملكُ منْ وَجْه دُونَ وَجْه.

وَقَوْلُهُ: (عَلى مَا مَرَّ) إِشَارَةٌ إِلى قَوْله وَالمُصَحِّحُ للإِعْتَاق هُوَ الملكُ الكَاملُ وَهَذَا أَقْرَبُ، وَيَتَصَدَّقُ بمَا زَادَ عَلى نصْف الثَّمَنِ؛ لأَنَّهُ لمْ يَدْخُل فِي ضَمَانه؛ لأَنَّ أَرْشَ اليَد الوَاحدَة فِي الحُرِّ نصْفُ الدِّيَة. وَفِي العَبْد نصْفُ القيمَة، وَالذي دَخَل فِي ضَمَانه هُوَ مَا كَانَ بمُقَابَلة الثَّمَنِ، فَمَا زَادَ عَلى نصْف الثَّمَنِ يَكُونُ رِبْحَ مَا لمْ يُضْمَنْ أَوْ فيه شُبْهَةُ

عَدَمِ المِلكِ؛ لأَنَّ المِلكَ يَثْبُتُ يَوْمَ قَطْعِ اليَدِ مُسْتَنِدًا إلى وَقْتِ البَيْعِ، وَهُوَ ثَابتٌ مِنْ وَجْه دُونَ وَجْه فَلا يَطِيبُ الرِّبْحُ الحَاصِلُ بِه. وَفِي الكَافِي: إنْ لَمْ يَكُنْ المَبِيعُ مَقْبُوضًا وَأَخْذُ الأَرْشِ يَكُونُ الزَّائِدُ عَلى نِصْفِ الثَّمَنِ رِبْحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ؛ لأَنَّ العَبْدَ قَبْلَ القَبْضِ لَمْ يَدْخُل فِي ضَمَانِه، وَلوْ كَانَ أَخْذُ الأَرْشِ بَعْدَ القَبْضِ فَفِيهِ شُبْهَةُ عَدَمِ المِلكِ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مَوْجُود حَقِيقَةً وَقْتَ القَطْعِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِيهِ المِلكُ بِطَرِيقِ الاسْتِنَادِ فَكَانَ ثَابِتًا مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، وَهَذَا كَمَا تَرَى تَوْزِيعُ الوَجْهَيْنِ فِي الكِتَابِ عَلى الاعْتِبَارَيْنِ.

قَال (فَإِنْ بَاعَهُ المُشْتَرِي مِنْ آخَرَ إلخ) يَعْنِي إنْ **بَاعَ المُشْتَرِي مِنْ الغَاصِبِ مِنْ شَخْصٍ آخَرَ ثُمَّ أَجَازَ المَوْلى البَيْعَ الأَوَّل** لَمْ يَجُزْ البَيْعُ الثَّانِي لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ بِالإِجَازَةِ يَثْبُتُ للبَائِعِ مِلكٌ بَاتٌّ، وَالمِلكُ البَاتُّ، إذَا طَرَأَ عَلى مِلكٍ مَوْقُوف لِغَيْرِه أَبْطَلَهُ؛ وَلأَنَّ فِيه غَرَرَ الانْفِسَاخِ عَلى اعْتِبَارِ عَدَمِ الإِجَازَةِ فِي البَيْعِ الأَوَّل وَالبَيْعُ يَفْسُدُ بِه. قِيل هَذَا التَّعْلِيلُ شَامِلٌ لِبَيْعِ الغَاصِبِ مِنْ مُشْتَرِيهِ وَبَيْعِ الفُضُولِيِّ أَيْضًا؛ لأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُجِيزَ المَالِكُ بَيْعَهُمَا وَأَنْ لا يُجِيزَ، وَمَعَ ذَلكَ انْعَقَدَ **بَيْعُ الغَاصِبِ وَالفُضُولِيِّ مَوْقُوفًا**. وَأُجِيبَ بِأَنَّ غَرَرَ الانْفِسَاخِ فِي بَيْعِهِمَا عَارَضَهُ النَّفْعُ الذِي يَحْصُلُ للمَالكِ المَذْكُورِ فِيمَا تَقَدَّمَ؛ فَبِالنَّظَرِ إلى الغَرَرِ يَفْسُدُ، وَبِالنَّظَرِ إلى النَّفْعِ وَعَدَمِ الضَّرَرِ يَجُوزُ فَقُلنَا بِالجَوَازِ المَوْقُوف عَمَلا بِهِمَا. لا يُقَالُ: الغَرَرُ مُحَرَّمٌ فَتَرَجَّحَ؛ لأَنَّ الصِّحَّةَ فِي العُقُودِ أَصْلٌ فَعَارَضَتْهُ عَلى أَنَّ اعْتِبَارَ الغَرَرِ مُطْلَقًا يَسْتَلزِمُ اعْتِبَارَ التُّرُوكِ إجْمَاعًا، وَهُوَ أَنْ لا يَصِحَّ بَيْعٌ أَصْلا لا سِيَّمَا فِي المَنْقُولاتِ لاحْتِمَال الفَسْخِ بَعْدَ الانْعِقَادِ بِهَلاكِ المَبِيعِ قَبْل القَبْضِ، وَأَمَّا غَرَرُ الانْفِسَاخِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ فَسَالِمٌ عَمَّا يُعَارِضُهُ إذْ المُشْتَرِي الأَوَّلُ لَمْ يَمْلكْ حَتَّى يَطْلُبَ مُشْتَرِيًا آخَرَ فَتَجَرَّدَ البَيْعُ الثَّانِي عُرْضَةً لِغَرَرِ الانْفِسَاخِ فَلمْ يَنْعَقِدْ بِخِلافِ الإِعْتَاقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ؛ لأَنَّهُ لا يُؤَثِّرُ فِيه الغَرَرُ؛ أَلا تَرَى أَنَّ **البَيْعَ قَبْل القَبْضِ فِي المَنْقُولاتِ** لا يَصِحُّ لِغَرَرِ الانْفِسَاخِ، وَالإِعْتَاقُ قَبْل القَبْضِ يَصِحُّ

قَال (فَإِن لم يَبِعهُ المُشتَرِي فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَو قُتِل ثُمَّ أَجَازَ البَيعَ لم يَجُز) لمَا ذَكَرنَا أَنَّ الإِجَازَةَ مِن شُرُوطِهَا قِيَامُ المَعقُودِ عَليهِ وَقَد فَاتَ بِالمَوتِ وَكَذَا بِالقَتل، إذ لا يُمكِنُ إيجَابُ البَدَل للمُشتَرِي بِالقَتل حَتَّى يُعَدَّ بَاقِيًا بِبَقَاءِ البَدَل لأَنَّهُ لا مِلكَ للمُشتَرِي عِندَ القَتل مِلكًا يُقَابَلُ بِالبَدَل فَتَحَقَّقَ الفَوَاتُ، بِخِلافِ البَيعِ الصَّحِيحِ لأَنَّ مِلكَ المُشتَرِي ثَابِتٌ

فَأمكَنَ إيجَابُ البَدَل لهُ فيَكُونُ المَبِيعُ قَائِمًا بِقِيَامِ خَلفِهِ.

الشرح:

قَال (فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ المُشْتَرِي فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَوْ قُتِل) أَيْ فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ المُشْتَرِي مِنْ الغَاصِبِ فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَوْ قُتِل (ثُمَّ أَجَازَ المَالِكُ البَيْعَ) أَيْ بَيْعَ الغَاصِبِ (لَمْ يَجُزْ) بِالاتِّفَاقِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ **الإِجَازَةَ مِنْ شَرْطِهَا** قِيَامُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَاتَ بِالمَوْتِ وَالقَتْل لامْتِنَاعِ إِيجَابِ البَدَل لِلمُشْتَرِي بِالقَتْل، فَلا يُعَدُّ بَاقِيًا بِبَقَاءِ البَدَل؛ لأَنَّهُ لا مِلكَ لِلمُشْتَرِي عِنْدَ القَتْل مِلكًا يُقَابَلُ بِالبَدَل؛ لأَنَّ مِلكَهُ مِلكٌ مَوْقُوفٌ وَهُوَ لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُقَابَلا بِالبَدَل (بِخِلافِ البَيْعِ الصَّحِيحِ) فَإِنَّهُ إِذَا **قُتِل المَبِيعُ قَبْل القَبْضِ** لا يَنْفَسِخُ (؛ لأَنَّ مِلكَ المُشْتَرِي ثَابِتٌ بَاتٌّ فَأَمْكَنَ إِيجَابُ البَدَل فَيَكُونُ المَبِيعُ قَائِمًا بِقِيَامِ خَلفِهِ) وَهُوَ القِيمَةُ وَالمُشْتَرِي بِالخِيَارِ، فَإِنْ اخْتَارَ البَدَل كَانَ البَدَلُ لِلمُشْتَرِي.

قَال (وَمَن بَاعَ عَبدَ غَيرِهِ بِغَيرِ أَمرِهِ وَأَقَامَ المُشتَرِي البَيِّنَةَ عَلى إقرَارِ البَائِعِ أَو رَبِّ العَبدِ أَنَّهُ لم يَأمُرهُ بِالبَيعِ وَأَرَادَ رَدَّ المَبِيعِ لم تُقبَل بَيِّنَتُهُ) لِلتَّنَاقُضِ فِي الدَّعوَى، إذ الإِقدَامُ عَلى الشِّرَاءِ إقرَارٌ مِنهُ بِصِحَّتِهِ، وَالبَيِّنَةُ مَبنِيَّةٌ عَلى صِحَّةِ الدَّعوَى (وَإِن أَقَرَّ البَائِعُ بِذَلك عِندَ القَاضِي) بَطَل البَيعُ إن طَلبَ المُشتَرِي ذَلكَ، لأَنَّ التَّنَاقُضَ لا يَمنَعُ صِحَّةَ الإِقرَارِ، وَلِلمُشتَرِي أَن يُسَاعِدَهُ عَلى ذَلكَ فَيَتَحَقَّقُ الاتِّفَاقُ بَينَهُمَا، فَلِهَذَا شَرَطَ طَلبَ المُشتَرِي. قَال رَحِمَهُ اللهُ: وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ المُشتَرِيَ إذَا صَدَّقَ مُدَّعِيَهُ ثُمَّ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلى إقرَارِ البَائِعِ أَنَّهُ لِلمُستَحِقِّ تُقبَلُ. وَفَرَّقُوا أَنَّ العَبدَ فِي هَذِهِ المَسأَلةِ فِي يَدِ المُشتَرِي. وَفِي تِلكَ المَسأَلةِ فِي يَدِ غَيرِهِ وَهُوَ المُستَحِقُّ، وَشَرطُ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ أَن لا يَكُونَ العَينُ سَالمًا لِلمُشتَرِي.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ) رَجُلٌ بَاعَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَقَال المُشْتَرِي أَرُدُّ البَيْعَ؛ لأَنَّك بِعْتَنِي بِغَيْرِ أَمْرِ صَاحِبِهِ وَجَحَدَ البَائِعُ ذَلكَ (فَأَقَامَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ) أَنَّ رَبَّ العَبْدِ أَوْ البَائِعُ أَقَرَّ أَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْ البَائِعَ بِبَيْعِهِ (لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ)؛ لأَنَّهَا تَبْتَنِي عَلى صِحَّةِ الدَّعْوَى فَإِنْ صَحَّتْ الدَّعْوَى صَحَّتْ البَيِّنَةُ وَإِلا فَلا وَهَاهُنَا بَطَلتْ الدَّعْوَى (لِلتَّنَاقُضِ)؛ لأَنَّ إِقْدَامَ المُشْتَرِي دَلِيلٌ عَلى صِحَّةِ الشِّرَاءِ وَأَنَّ البَائِعَ يَمْلكُ البَيْعَ ثُمَّ دَعْوَاهُ

بَعْدَ ذَلكَ أَنَّهُ بَاعَ بِغَيْرِ أَمْرِ صَاحِبِهِ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ صِحَّةِ الشِّرَاءِ وَأَنَّ البَائِعَ لَمْ يَمْلِكْ البَيْعَ فَحصَلَ التَّنَاقُضُ المُبْطِلُ للدَّعْوَى المُسْتَلزِمَة صِحَّتُهَا لقَبُول البَيِّنَة.

(وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بِذَلكَ) أَيْ بِأَنَّهُ بَاعَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ (بَطَل البَيْعُ) إِنْ طَلبَ المُشْتَرِي ذَلكَ؛ لأَنَّ التَّنَاقُضَ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ (أَلا تَرَى أَنَّ مَنْ **أَنْكَرَ شَيْئًا ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ**) صَحَّ إِقْرَارُهُ، إلا أَنَّ الإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لا يَنْفُذُ فِي حَقِّ الغَيْرِ، فَإِذَا سَاعَدَهُ المُشْتَرِي عَلَى ذَلكَ تَحَقَّقَ الاتِّفَاقُ بَيْنَهُمَا فَجَازَ أَنْ يُنْقَضَ. وَذَكَرَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ مَسْأَلةَ الزِّيَادَات نَقْضًا عَلَى مَسْأَلة الجَامِعِ الصَّغِيرِ. وَتَصْوِيرُهَا مَا قِيلَ: رَجُلٌ **ادَّعَى عَلَى المُشْتَرِي بِأَنَّ ذَلكَ العَبْدَ لهُ وَصَدَّقَهُ المُشْتَرِي فِي ذَلكَ ثُمَّ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى البَائِعِ أَنَّهُ أَقَرَّ بِأَنَّ المَبِيعَ لِهَذَا المُسْتَحِقِّ** تُقْبَلُ البَيِّنَةُ وَإِنْ تَنَاقَضَ فِي دَعْوَاهُ.

قَال (وَفَرَّقُوا) أَيْ المَشَايِخُ بَيْنَ رِوَايَتَيْ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالزِّيَادَات (بِأَنَّ العَبْدَ فِي هَذِهِ المَسْأَلة) أَيْ فِي مَسْأَلةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ (فِي يَدِ المُشْتَرِي) فَيَكُونُ المَبِيعُ سَالمًا لهُ فَلا يَثْبُتُ لهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ مَعَ سَلامَةِ المَبِيعِ لهُ؛ لأَنَّ شَرْطَ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ عَدَمُ سَلامَةِ المَبِيعِ (وَفِي تِلكَ) أَيْ مَسْأَلةِ الزِّيَادَات العَبْدُ المَبِيعُ فِي يَدِ المُسْتَحِقِّ فَلا يَكُونُ المَبِيعُ سَالمًا للمُشْتَرِي فَيَثْبُتُ لهُ حَقُّ الرُّجُوعِ لوُجْدَانِ شَرْطِهِ. قِيل فِي هَذَا الفَرْقِ نَظَرٌ؛ لأَنَّ وَضْعَ المَسْأَلة فِي الزِّيَادَاتِ أَيْضًا فِي أَنَّ العَبْدَ فِي يَدِ المُشْتَرِي، وَلئِنْ سَلمْنَا أَنَّهُ فِي يَدِ المُسْتَحِقِّ فَلا يَلزَمُ قَبولُ البَيِّنَة لبَقَاءِ التَّنَاقُضِ المُبْطِل للدَّعْوَى.

وَالأَوْلى أَنْ يُقَال: إِنَّ المُشْتَرِيَ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلى إِقْرَارِ البَائِعِ قَبْل البَيْعِ فِي مَسْأَلةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ فَلمْ تَقْبَل التَّنَاقُضَ. وَفِي مَسْأَلة الزِّيَادَات أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلى الإِقْرَارِ بَعْدَ البَيْعِ فَلا يَلزَمُ التَّنَاقُضُ فَقُبِلتْ البَيِّنَةُ. قَال صَاحِبُ النِّهَايَة: وَلمْ يَتَّضِحْ لي فِيهِ شَيْءٌ سِوَى هَذَا بَعْدَ أَنْ تَأَمَّلت فِيهِ بُرْهَةً مِنْ الدَّهْرِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لأَنَّ التَّوْفِيقَ فِي وَضْعِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ مُمْكِنٌ لجَوَازِ أَنْ يَكُونَ المُشْتَرِي أَقْدَمَ عَلى الشِّرَاءِ، وَلمْ يَعْلمْ بِإِقْرَارِ البَائِعِ بِعَدَمِ الأَمْرِ ثُمَّ ظَهَرَ لهُ ذَلكَ بِأَنْ قَال عُدُولٌ: سَمِعْنَاهُ قَبْل البَيْعِ أَقَرَّ بِذَلكَ وَيَشْهَدُونَ بِهِ، وَمِثْلُ ذَلكَ ليْسَ بِمَانِعٍ كَمَا تَقَدَّمَ، وَالوَاضِحُ فِي الفَرْقِ مَا ذَكَرَهُ المُصَنِّفُ عَلى مَا قَرَّرْنَاهُ.

وَمَا قِيل إِنَّ التَّنَاقُضَ المُبْطِل للدَّعْوَى بَاقٍ يُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ المُشْتَرِيَ غَيْرُ مُتَنَاقِضٍ مِنْ كُل وَجْهٍ؛ لأَنَّهُ لا يُنْكِرُ العَقْدَ أَصْلا وَلا مِلكَ الثَّمَنِ للبَائِعِ، فَإِنَّ **بَيْعَ مَال الغَيْرِ**

مُنْعَقِدٌ وَبَدَلُ الْمُسْتَحَقِّ مَمْلُوكٌ، وَإِنَّمَا يُنْكِرُ وَصْفَ العَقْدِ وَهُوَ الصِّحَّةُ وَاللُّزُومُ بَعْدَ الإِقْرَارِ بِهِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ فَكَانَ مُتَنَاقِضًا مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَجَعَلْنَاهُ مُتَنَاقِضًا فِي مَسْأَلَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ؛ لأَنَّهُ لا يُفِيدُ فَائِدَةَ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ لِسَلامَةِ المَبِيعِ لَهُ إِذْ هُوَ فِي يَدِهِ وَلَمْ نَجْعَلْهُ مُتَنَاقِضًا فِي الفَصْلِ الثَّانِي؛ لأَنَّهُ يُفِيدُ فَائِدَةَ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ لِعَدَمِ سَلامَتِهِ لِكَوْنِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ وَكَانَ ذَلِكَ عَمَلا بِالشَّبَهَيْنِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ فَصِرْنَا إِلَيْهِ

قَال (وَمَن بَاعَ دَارًا لِرَجُلٍ وَأَدخَلَهَا المُشتَرِي فِي بِنَائِهِ لم يَضمَن البَائِعُ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ آخِرًا، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلا: يَضمَنُ البَائِعُ، وَهُوَ قَولُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهِيَ مَسأَلَةُ غَصبِ العَقَارِ وَسَنُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللهِ تَعَالى، وَاللهُ تَعَالى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الشرح:

قَال (وَمَنْ بَاعَ دَارًا لِرَجُلٍ) قِيل مَعْنَاهُ: **بَاعَ عَرْصَةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ** (وَأَدْخَلَهَا المُشْتَرِي فِي بِنَائِهِ) قِيل يَعْنِي قَبَضَهَا وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِالإِدْخَال فِي البِنَاءِ اتِّفَاقًا (لَمْ يَضْمَنْ البَائِعُ) أَيْ قِيمَةَ الدَّارِ (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ آخِرًا، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلا يَضْمَنُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَهِيَ مَسْأَلَةُ غَصْبِ العَقَارِ) عَلى مَا سَيَأْتِي

بَابُ السَّلَمِ

السَّلَمُ عَقدٌ مَشرُوعٌ بِالكِتَابِ وَهُوَ آيَةُ المُدَايَنَةِ، فَقَد قَال ابنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا: أَشهَدُ أَنَّ اللهَ تَعَالى أَحَل السَّلَفَ المَضمُونَ وَأَنزَل فِيهَا أَطوَل آيَةٍ فِي كِتَابِهِ، وَتَلا قَولَه تَعَالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾ **[البقرة: ٢٨٢]. وَبِالسُّنَّةِ وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن بَيعِ مَا ليسَ عِندَ الإِنسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»[1] وَالقِيَاسُ وَإِن كَانَ يَأبَاهُ وَلكِنَّا تَرَكنَاهُ بِمَا رَوَينَاهُ. وَوَجهُ القِيَاسِ أَنَّهُ بَيعُ المَعدُومِ إِذ المَبِيعُ هُوَ المُسلمُ فِيهِ.**

الشرح:

(**بَابُ السَّلَمِ**): لَمَّا فَرَغَ مِنْ أَنْوَاعِ البُيُوعِ التِي لا يُشْتَرَطُ فِيهَا قَبْضُ العِوَضَيْنِ أَوْ

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٨٩): غريب هذا اللفظ.

أَحَدهمَا شَرَعَ فِي بَيَانِ مَا يُشْتَرَطُ فِيه ذَلِكَ، وَقَدَّمَ السَّلَمَ عَلَى الصَّرْفِ لِكَوْنِ الشَّرْطِ فِيه قَبْضَ أَحَدِ العِوَضَيْنِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ المُفْرَدِ مِنْ المُرَكَّبِ. وَهُوَ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنْ نَوْعِ بَيْعٍ مُعَجَّلٍ فِيه الثَّمَنُ. وَفِي اصْطِلاحِ الفُقَهَاءِ هُوَ أَخْذُ عَاجِلٍ بِآجِلٍ. قِيل فَهُوَ بِالمَعْنَى اللُّغَوِيِّ إلا أَنَّ فِي الشَّرْعِ اقْتَرَنَتْ بِه زِيَادَةُ شَرَائِطَ. وَرُدَّ بِأَنَّ السِّلْعَةَ إِذَا بِيعَتْ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ وُجِدَ فِيه هَذَا المَعْنَى وَلَيْسَ بِسَلَمٍ، وَلَوْ قِيل بَيْعُ آجِلٍ بِعَاجِلٍ لا نَدْفَعُ ذَلِكَ. **وَرُكْنُهُ** الإِيجَابُ وَالقَبُولُ، بِأَنْ يَقُول رَبُّ السَّلَمِ لآخَرَ أَسْلَمْت إِلَيْك عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ أَوْ أَسْلَفْت فَيَقُولُ الآخَرُ قَبِلت، وَيُسَمَّى هَذَا رَبَّ السَّلَمِ وَالآخَرُ المُسْلَمَ إِلَيْه وَالحِنْطَةُ المُسْلَمُ فِيه.

وَلَوْ صَدَرَ **الإِيجَابُ مِنْ المُسْلَمِ إِلَيْه وَالقَبُولُ مِنْ رَبِّ السَّلَمِ** صَحَّ. **وَشَرْطُ جَوَازِه** سَيُذْكَرُ فِي أَثْنَاءِ كَلامِه إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. قَال (**السَّلَمُ** عَقْدٌ مَشْرُوعٌ بِالكِتَابِ إلخ) السَّلَمُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ دَل عَلَى ذَلِكَ الكِتَابُ وَالسُّنَّةُ، أَمَّا الكِتَابُ فَقَوْلُهُ: تَعَالى ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ مَعْنَاهُ إِذَا تَعَامَلتُمْ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فَاكْتُبُوهُ، وَفَائِدَةُ قَوْلِه مُسَمًّى الإِعْلامُ بِأَنَّ مِنْ حَقِّ الأَجَل أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا. وَوَجْهُ الاسْتِدْلال (مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَشْهَدُ أَنَّ اللهَ أَحَل السَّلَفَ المَضْمُونَ وَأَنْزَل فِيهَا) أَيْ فِي السَّلَفِ عَلَى تَأْوِيل المُدَايَنَةِ (أَطْوَل آيَةٍ فِي كِتَابِ اللهِ، وَتَلا قَوْله تَعَالى ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم﴾).

فَإِنْ قِيل: هَذَا اسْتِدْلالٌ بِخُصُوصِ السَّبَبِ وَلا مُعْتَبَرَ بِه. قُلنَا: عُمُومُ اللفْظِ يَتَنَاوَلُهُ فَكَانَ الاسْتِدْلال بِه (قَوْلُهُ: المَضْمُونُ) صِفَةٌ مُقَرِّرَةٌ لِلسَّلَفِ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿يَحْكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ ٱلَّذِينَ أَسْلَمُواْ﴾ [المائدة: ٤٤] وَمَعْنَاهُ الوَاجِبُ فِي الذِّمَّةِ. وَأَمَّا السُّنَّةُ (فَمَا رُوِيَ عَنْ رَسُول اللهِ ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ» وَالقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَهُ)؛ لأَنَّهُ بَيْعُ المَعْدُومِ، إِذْ المَبِيعُ هُوَ المُسْلَمُ فِيه لكِنَّا تَرَكْنَاهُ بِالنَّصِّ.

قَال (وَهُوَ جَائِزٌ فِي المَكِيلاتِ وَالمَوْزُونَاتِ) لِقَوْلِه عَلَيْه الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «مَن أَسلَمَ مِنكُم فَليُسلم فِي كَيلٍ مَعلُومٍ وَوَزنٍ مَعلُومٍ إِلى أَجَلٍ مَعلُومٍ»[1].

وَالمُرَادُ بِالمَوْزُونَاتِ غَيرِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لأَنَّهُمَا أَثمَانٌ، وَالمُسلمُ فِيهِ لا بُدَّ أَن يَكُونَ مُثَمَّنًا فَلا يَصِحُّ السَّلمُ فِيهِمَا ثُمَّ قِيل يَكُونُ بَاطِلا، وَقِيل يَنعَقِدُ بَيعًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ تَحصِيلا

---

(١) أخرجه البخاري في السلم باب ١، ٢، ٧، ومسلم في المساقاة حديث ١٢٧، ١٢٨.

لَمقصُودِ المُتَعَاقِدِينَ بِحَسَبِ الإِمكَانِ، وَالعِبرَةُ فِي العُقُودِ للمَعَانِي وَالأَوَّلُ أَصَحُّ لأَنَّ التَّصحِيحَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي مَحلٍّ أَوجَبَا العَقدَ فِيهِ وَلا يُمكِنُ ذَلكَ. قَال (وَكَذَا فِي المَذرُوعَاتِ) لأَنَّهُ يُمكِنُ ضَبطُهَا بِذِكرِ الذَّرعِ وَالصِّفَةِ وَالصَّنعَةِ، وَلا بُدَّ مِنهَا لتَرتَفِعَ الجَهَالَةُ فَيَتَحقَّقُ شَرطُ صِحَّةِ السَّلمِ، وَكَذَا فِي المَعدُودَاتِ التِي لا تَتَفَاوَتُ كَالجَوزِ وَالبِيضِ، لأَنَّ العَدَدِيَّ المُتَقَارِبِ مَعلُومُ القَدرِ مَضبُوطُ الوَصفِ مَقدُورُ التَّسليمِ فَيَجُوزُ السَّلمُ فِيهِ، وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ لاصطِلاحِ النَّاسِ عَلى إِهدَارِ التَّفَاوُتِ، بِخِلافِ البِطِّيخِ وَالرُّمَّانُ لأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَبِتَفَاوُتِ الآحَادِ فِي المَاليَّةِ يُعرَفُ العَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ فِي بِيضِ النَّعَامَةِ لأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ فِي المَاليَّةِ، ثُمَّ كَمَا يَجُوزُ السَّلمُ فِيهَا عَدَدًا يَجُوزُ كَيلا. وَقَال زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ كَيلا لأَنَّهُ عَدَدِيٌّ وَلَيسَ بِمَكِيلٍ. وَعَنهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ عَدَدًا أَيضًا للتَّفَاوُتِ. وَلنَا أَنَّ المِقدَارَ مَرَّةً يُعرَفُ بِالعَدَدِ وَتَارَةً بِالكَيلِ، وَإِنَّمَا صَارَ مَعدُودًا بِالاصطِلاحِ فَيَصِيرُ مَكِيلا بِاصطِلاحِهِمَا وَكَذَا فِي الفُلُوسِ عَدَدًا. وَقِيل هَذَا عِند أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ. وَعِندَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ لا يَجُوزُ لأَنَّهَا أَثمَانٌ. وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا بِاصطِلاحِهِمَا فَتَبطُلُ بِاصطِلاحِهِمَا وَلا تَعُودُ وَزنِيًّا وَقَد ذَكَرنَاهُ مِن قَبلُ.

الشرح:

قَال (وَهُوَ جَائِزٌ في المَكِيلات وَالمَوْزُونَات) السَّلمُ جَائِزٌ في المَكِيلات وَالمَوْزُونَات (لقَوْله ﷺ «**مَنْ أَسْلَمَ مِنكُمْ فَلْيُسْلمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلى أَجَلٍ مَعْلُومٍ**» وَالوُجُوبُ يَنْصَرِفُ إِلى كَوْنه مَعْلُومًا وَهُوَ يَتَضَمَّنُ الجَوَازَ لا مَحَالةَ. فَإِنْ قِيل: مَنْ أَسْلَمَ شَرْطِيَّةٌ وَهُوَ لا يَقْتَضِي الجَوَازَ كَمَا فِي قَوْله تَعَالى ﴿قُلْ إِن كَانَ لِلرَّحْمَٰنِ وَلَدٌ فَأَنَا۠ أَوَّلُ ٱلْعَٰبِدِينَ﴾ [الزخرف: ٨١] فَالجَوَابُ أَنَّ الدَّليل قَدْ دَل عَلى وُجُود السَّلمِ فِي الشَّرْعِ، وَإِنَّمَا الحَدِيثُ يُسْتَدَلُّ به عَلى جَوَازِه فِي المَكِيلات وَالمَوْزُونَات (وَالمُرَادُ بالمَوْزُونَات غَيْرُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ؛ لأَنَّهُمَا أَثْمَانٌ، وَالمُسْلمُ فِيه لا يَكُونُ ثَمَنًا بَل يَكُونُ مُثَمَّنًا فَلا يَصِحُّ السَّلمُ فِيهِمَا. ثُمَّ قِيل: يَكُونُ بَاطلا، وَقِيل يَنْعَقِدُ بَيْعًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ تَحْصِيلا لمَقْصُود المُتَعَاقِدَيْنِ بقَدْرِ الإِمْكَان وَالاعْتِبَارُ فِي العُقُود للمَعَانِي) وَالأَوَّلُ قَوْلُ عِيسَى بْنِ أَبَانَ، وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ الأَعْمَشِ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَهَذَا الاخْتِلافُ فِيمَا إِذَا **أَسْلَمَ حِنْطَةً أَوْ غَيْرَهَا مِنْ العُرُوضِ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ** ليُمْكِنَ أَنْ يَجْعَل بَيْعَ حِنْطَةٍ بدَرَاهِمَ مُؤَجَّلةٍ

بِنَاءً عَلَى أَنَّهُمَا قَصَدَا مُبَادَلَةَ الحِنْطَةِ بِالدَّرَاهِمِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ كِلاهُمَا مِنْ الأَثْمَانِ بِأَنْ **أَسْلَمَ عَشَرَةٌ فِي عَشَرَةِ دَرَاهِمَ أَوْ فِي دَنَانِيرَ** فَإِنَّهُ لا يَجُوزُ بِالإِجْمَاعِ، وَمَا ذَكَرَهُ عِيسَى أَصَحُّ؛ لأَنَّ التَّصْحِيحَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي مَحَلٍّ أَوْجَبَا العَقْدَ فِيهِ وَهُمَا أَوْجَبَاهُ فِي المُسْلَمِ فِيهِ، وَهُوَ إِذَا كَانَ مِنْ الأَثْمَانِ لا يَصِحُّ تَصْحِيحُهُ؛ لأَنَّهَا لا تَكُونُ مُثَمَّنًا، وَتَصْحِيحُهُ فِي الحِنْطَةِ تَصْحِيحٌ فِي غَيْرِ مَا أَوْجَبَاهُ فِيهِ فَلا يَكُونُ صَحِيحًا.

قَالَ (وَكَذَا فِي المَذْرُوعَاتِ؛ لأَنَّهُ يُمْكِنُ ضَبْطُهَا) أَيْ وَكَجَوَازِ السَّلَمِ فِي المَكِيلاتِ وَالمَوْزُونَاتِ جَوَازُهُ فِي المَذْرُوعَاتِ لِكَوْنِهَا كَالمَكِيلاتِ وَالمَوْزُونَاتِ فِي مَنَاطِ الحُكْمِ وَهُوَ إِمْكَانُ ضَبْطِ الصِّفَةِ وَمَعْرِفَةِ المِقْدَارِ لارْتِفَاعِ الجَهَالَةِ فَجَازَ إِلْحَاقُهَا بِهِمَا. وَعَلَى هَذَا التَّقْرِيرِ سَقَطَ مَا قِيلَ الشَّيْءُ إِنَّمَا يُلْحَقُ بِغَيْرِهِ دَلالَةً إِذَا تَسَاوَيَا مِنْ جَمِيعِ الوُجُوهِ، وَلَيْسَ المَذْرُوعُ مَعَ المَكِيلِ أَوْ المَوْزُونِ كَذَلِكَ لِتَفَاوُتِهِمَا فِيمَا هُوَ أَعْظَمُ وُجُوهِ التَّفَاوُتِ وَهُوَ كَوْنُ المَذْرُوعِ قِيَمِيًّا، وَهُمَا مِثْلِيَّانِ؛ لأَنَّ المَنَاطَ هُوَ مَا ذَكَرْنَا، إِذْ الجَهَالَةُ المُفْضِيَةُ إِلَى النِّزَاعِ تَرْتَفِعُ بِذَلِكَ دُونَ كَوْنِهِ قِيَمِيًّا أَوْ مِثْلِيًّا.

فَإِنْ قِيلَ: الدَّلالَةُ لا تَعْمَلُ إِذَا عَارَضَهَا عِبَارَةٌ وَقَدْ عَارَضَهَا قَوْلُهُ: «**لا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ**» فَإِنَّهُ عِبَارَةٌ اُخْتُصَّتْ مِنْهُ المَكِيلاتُ وَالمَوْزُونَاتُ بِقَوْلِهِ «**مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ**» الحَدِيثَ، فَبَقِيَ مَا وَرَاءَهُمَا تَحْتَ قَوْلِهِ لا تَبِعْ. فَالجَوَابُ إِنَّا لا نُسَلِّمُ صَلاحِيَّةَ مَا ذَكَرْت لِلتَّخْصِيصِ؛ لأَنَّ القِرَانَ شَرْطٌ لَهُ وَهُوَ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ، سَلَّمْنَاهُ لَكِنَّهُ عَامٌّ مَخْصُوصٌ وَهُوَ دُونَ القِيَاسِ فَلا يَكُونُ مُعَارِضًا لِلدَّلالَةِ (وَكَذَا فِي المَعْدُودَاتِ المُتَقَارِبَةِ، وَهِيَ التِي لا تَتَفَاوَتُ) آحَادُهَا (كَالجَوْزِ وَالبَيْضِ؛ لأَنَّ العَدَدِيَّ المُتَقَارِبَ مَعْلُومٌ مَضْبُوطُ الوَصْفِ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ) فَكَانَ مَنَاطُ الحُكْمِ مَوْجُودًا كَمَا فِي المَذْرُوعَاتِ

(فَجَازَ السَّلَمُ فِيهِ إِلْحَاقًا بِالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، وَالكَبِيرُ وَالصَّغِيرُ سَوَاءٌ لاصْطِلاحِ النَّاسِ عَلَى إِهْدَارِ التَّفَاوُتِ) فَإِنَّهُ قَلَّمَا يُبَاعُ جَوْزٌ بِفَلْسٍ وَآخَرُ بِفَلْسَيْنِ، وَكَذَا البَيْضُ (بِخِلافِ البِطِّيخِ وَالرُّمَّانِ؛ لأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا) فَصَارَ الضَّابِطُ فِي مَعْرِفَةِ العَدَدِيِّ المُتَقَارِبِ عَنْ المُتَفَاوِتِ تَفَاوُتَ الآحَادِ فِي المَالِيَّةِ دُونَ الأَنْوَاعِ، وَهَذَا هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ السَّلَمَ لا يَجُوزُ **فِي بَيْضِ النَّعَامَةِ**؛ لأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ فِي المَالِيَّةِ. ثُمَّ كَمَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهَا: أَيْ فِي المَعْدُودَاتِ المُتَقَارِبَةِ عَدَدًا يَجُوزُ كَيْلا. وَقَالَ زُفَرُ: لا يَجُوزُ؛ لأَنَّهُ عَدَدِيٌّ لا كَيْلِيٌّ.

وَعَنْهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ عَدَدٌ أَيْضًا لِوُجُود التَّفَاوُت فِي الآحَاد. وَلَنَا أَنَّ المِقْدَارَ مَرَّةً يُعْرَفُ بِالعَدَدِ وَأُخْرَى بِالكَيْلِ فَأَمْكَنَ الضَّبْطُ بِهِمَا فَيَكُونُ جَائِزًا وَكَوْنُهُ مَعْدُودًا بِاصْطِلاحِهِمَا فَجَازَ إِهْدَارُهُ، وَالاصْطِلاحُ عَلَى كَوْنِهِ كَيْلِيًّا.

(قَوْلُهُ: وَكَذَا فِي الفُلُوسِ عَدَدًا) ذَكَرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ خِلافٍ لأَحَدٍ. وَقِيلَ هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلا يَجُوزُ: أَيْ لا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الفُلُوسِ؛ لأَنَّهَا أَثْمَانٌ، وَالسَّلَمُ فِي الأَثْمَان لا يَجُوزُ. وَلَهُمَا أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ ثَابِتَةٌ بِاصْطِلاحِهِمَا لِعَدَمِ وِلايَةِ الغَيْرِ عَلَيْهِمَا فَلَهُمَا إِبْطَالُهُمَا بِاصْطِلاحِهِمَا، فَإِذَا بَطَلَتْ الثَّمَنِيَّةُ صَارَتْ مُثَمَّنًا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَجَازَ السَّلَمُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي بَابِ الرِّبَا فِي مَسْأَلَة بَيْعِ الفَلْسِ بِالفَلْسَيْنِ.

وَمِنْ المَشَايِخِ مَنْ قَالَ: جَوَازُ السَّلَمِ فِي الفُلُوسِ قَوْلُ الكُلِ، وَهَذَا القَائِلُ يَحْتَاجُ إِلى الفَرْقِ لِمُحَمَّدٍ بَيْنَ البَيْعِ وَالسَّلَمِ، وَهُوَ أَنَّ كَوْنَ المُسْلَمِ فِيهِ مُثَمَّنًا مِنْ ضَرُورَةِ جَوَازِ السَّلَمِ، فَإِقْدَامُهُمَا عَلى السَّلَمِ تَضَمَّنَ إِبْطَالَ الاصْطِلاحِ فِي حَقِّهِمَا فَعَادَ مُثَمَّنًا، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ جَوَازِ البَيْعِ كَوْنُ المَبِيعِ مُثَمَّنًا فَإِنَّ بَيْعَ الأَثْمَان بَعْضِهِمَا بِبَعْضٍ جَائِزٌ، فَالإِقْدَامُ عَلَى البَيْعِ لا يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ الاصْطِلاحِ فِي حَقِّهِمَا فَبَقِيَ ثَمَنًا كَمَا كَانَ، وَفَسَدَ بَيْعُ الوَاحِدِ بِالاثْنَيْنِ.

(وَلا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الحَيَوَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوز لأَنَّهُ يَصِيرُ مَعلُومًا بِبَيَانِ الجِنسِ وَالسِّنِّ وَالنَّوعِ وَالصِّفَةِ، وَالتَّفَاوُتُ بَعدَ ذَلكَ يَسِيرٌ فَأَشبَهَ الثِّيَابَ. وَلَنَا أَنَّهُ بَعدَ ذِكرِ مَا ذَكَرَ يَبقَى فِيهِ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فِي المَاليَّةِ بِاعتِبَارِ المَعَانِي البَاطِنَةِ فَيُفضِي إِلى المُنَازَعَةِ، بِخِلافِ الثِّيَابِ لأَنَّهُ مَصنُوعُ العِبَادِ فَقَلمَا يَتَفَاوَتُ الثَّوبَانِ إِذَا نُسِجَا عَلى مِنوَالٍ وَاحِدٍ. وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَليهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ نَهَى عَن السَّلمِ فِي الحَيَوَانِ»[1] وَيَدخُلُ فِيهِ جَمِيعُ أَجنَاسِهِ حَتَّى العَصَافِيرُ. قَال (وَلا فِي أَطرَافِهِ كَالرُّءُوسِ وَالأَكَارِعِ) للتَّفَاوُتِ فِيهَا إِذ هُوَ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ لا مُقَدَّرٌ لهَا. قَال (وَلا فِي الجُلُودِ عَدَدًا وَلا فِي الحَطَبِ حُزَمًا وَلا فِي الرَّطبَةِ جُرُزًا) للتَّفَاوُتِ فِيهَا، إلا إِذَا عُرِفَ ذَلكَ بِأَن بَيَّنَ لهُ طُول مَا يَشُدُّ بِهِ الحُزمَةَ أَنَّهُ شِبرٌ أَو ذِرَاعٌ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ إِذَا كَانَ عَلى وَجهٍ لا يَتَفَاوَتُ.

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/٥٧)، والدارمي (٣/٧١) رقم (٢٦٨).

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَلا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الحَيَوَانِ) وَهُوَ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا أَوْ مَوْصُوفًا، وَالأَوَّلُ لا يَجُوزُ بلا خلاف، وَالثَّانِي لا يَجُوزُ عِنْدَنَا خلافًا للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ. هُوَ يَقُولُ يُمْكِنُ ضَبْطُهُ بِبَيَانِ الجِنْسِ كَالإِبلِ، وَالسِّنِّ كَالجَذَعِ وَالثَّنِيِّ، وَالنَّوْعِ كَالبُخْتِ وَالعِرَابِ، وَالصِّفَةِ كَالسِّمَنِ وَالهُزَالِ، وَالتَّفَاوُتُ بَعْدَ ذَلِكَ سَاقِطٌ لقلته فَأَشْبَهَ الثِّيَابَ، وَقَدْ ثَبَتَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ عَمْرَو بْنَ العَاصِ أَنْ يَشْتَرِيَ بَعِيرًا بِبَعِيرَيْنِ فِي تَجْهِيزِ الجَيْشِ إلى أَجَلٍ. وَأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ اسْتَقْرَضَ بَكْرًا وَقَضَاهُ رُبَاعِيًّا» وَالسَّلَمُ أَقْرَبُ إلى الجَوَازِ مِنْ الاسْتِقْرَاضِ.

وَلَنَا أَنَّ بَعْدَ ذِكْرِ الأَوْصَافِ التي اشْتَرَطَهُ الخَصْمُ يَبْقَى تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فِي المَالِيَّةِ بِاعْتِبَارِ المَعَانِي البَاطِنَةِ، فَقَدْ يَكُونُ فَرَسَانِ مُتَسَاوِيَانِ فِي الأَوْصَافِ المَذْكُورَةِ وَيَزِيدُ ثَمَنُ إِحْدَاهُمَا زِيَادَةً فَاحِشَةً للمَعَانِي البَاطِنَةِ فَيُفْضِي إلى المُنَازَعَةِ المُنَافِيَةِ لِوَضْعِ الأَسْبَابِ، بِخِلافِ الثِّيَابِ؛ لأَنَّهُ مَصْنُوعُ العِبَادِ، فَقَلَّمَا يَتَفَاوَتُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا بَعْدَ ذِكْرِ الأَوْصَافِ، وَشِرَاءُ البَعِيرِ بِبَعِيرَيْنِ كَانَ قَبْلَ نُزُولِ آيَةِ الرِّبَا أَوْ كَانَ فِي دَارِ الحَرْبِ وَلا رِبَا بَيْنَ الحَرْبِيِّ وَالمُسْلِمِ فِيهَا، وَتَجْهِيزُ الجَيْشِ وَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الإِسْلامِ فَنَقْلُ الآلاتِ كَانَ مِنْ دَارِ الحَرْبِ لِعِزَّتِهَا فِي دَارِ الإِسْلامِ يَوْمَئِذٍ، وَلَمْ يَكُنْ القَرْضُ ثَابِتًا فِي ذِمَّةِ رَسُولِ اللهِ ﷺ بِدَلِيلِ أَنَّهُ قَضَاهُ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ، وَالصَّدَقَةُ حَرَامٌ عَلَيْهِ فَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ.

(قَوْلُهُ: وَقَدْ صَحَّ) يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِشَارَةً إلى جَوَابِ مَا يُقَالُ: التَّفَاوُتُ الفَاحِشُ فِي المَعَانِي البَاطِنَةِ لا يُوجَدُ فِي العَصَافِيرِ وَالحَمَامَاتِ التي تُؤْكَلُ، وَأَنَّ السَّلَمَ فِيهَا لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَكُمْ. وَتَقْرِيرُهُ أَنَّ عَدَمَ جَوَازِ السَّلَمِ فِي الحَيَوَانِ لَيْسَ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَضْبُوطٍ فَإِنَّهُ يَجُوزُ فِي الدِّيبَاجِ دُونَ العَصَافِيرِ، وَلَعَلَّ ضَبْطَ العَصَافِيرِ بِالوَصْفِ أَهْوَنُ مِنْ ضَبْطِ الدِّيبَاجِ بَلْ هُوَ ثَابِتٌ بِالسُّنَّةِ. لا يُقَالُ: النَّهْيُ عَنْ الحَيَوَانِ المُطْلَقِ عَنْ الوَصْفِ وَالمُتَنَازَعُ فِيهِ هُوَ المَوْصُوفُ مِنْهُ فَلا يَتَّصِلُ بِمَحَلِّ النِّزَاعِ؛ لأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الحَسَنِ ذَكَرَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ المُضَارَبَةِ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ ﷺ دَفَعَ مَالا مُضَارَبَةً إلى زَيْدِ بْنِ خَلْدَةَ فَأَسْلَمَهَا زَيْدٌ إلى عِتْرِيسِ بْنِ عُرْقُوبٍ فِي قَلائِصَ مَعْلُومَةٍ، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: اُرْدُدْ مَا لَنَا لا تُسْلِمْ أَمْوَالَنَا. وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ المَنْعَ لَمْ يَكُنْ لِكَوْنِهِ مُطْلَقًا؛ لأَنَّ القَلائِصَ كَانَتْ مَعْلُومَةً

فَكَانَ لِكَوْنِهِ حَيَوَانًا. لا يُقَالُ: فِي كَلامِ المُصَنِّفِ تَسَامُحٌ؛ لأَنَّ الدَّلِيلَ المَذْكُورَ بِقَوْلِهِ وَلَنَا مَنْقُوضٌ بِالعَصَافِيرِ؛ لأَنَّ ذِكْرَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مِنْ حَيْثُ الاسْتِدْلال عَلى المَطْلُوبِ بَل مِنْ حَيْثُ جَوَابُ الخَصْمِ، وَأَمَّا الدَّلِيلُ عَلى ذَلِكَ فَهُوَ السُّنَّةُ.

قَال (وَلا فِي أَطْرَافِهِ كَالرُّءُوسِ وَالأَكَارِعِ) وَالكُرَاعُ مَا دُونَ الرُّكْبَةِ مِنْ الدَّوَابِّ، وَالأَكَارِعُ جَمْعُهُ؛ لأَنَّهُ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ لا مُقَدَّرَ لَهُ وَلا فِي جُلُودِهِ؛ لأَنَّهَا تُبَاعُ عَدَدًا وَهِيَ عَدَدِيَّةٌ فِيهَا الصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ فَيُفْضِي السَّلَمُ فِيهَا إلى المُنَازَعَةِ، وَلا يُتَوَهَّمُ أَنَّهُ يَجُوزُ وَزْنًا لِقَيْدِهِ عَدَدًا؛ لأَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّهُ عَدَدِيٌّ، فَحَيْثُ لَمْ يَجُزْ عَدَدًا لَمْ يَجُزْ وَزْنًا بِطَرِيقِ الأَوْلى؛ لأَنَّهُ لا يُوزَنُ عَادَةً. وَذَكَرَ فِي الذَّخِيرَةِ أَنَّهُ إنْ بَيَّنَ لِلجُلُودِ ضَرْبًا مَعْلُومًا يَجُوزُ وَذَلِكَ لانْتِفَاءِ المُنَازَعَةِ حِينَئِذٍ (وَلا فِي الحَطَبِ حُزَمًا) لِكَوْنِهِ مَجْهُولا مِنْ حَيْثُ طُولُهُ وَعَرْضُهُ وَغِلَظُهُ، فَإِنْ عُرِفَ ذَلِكَ جَازَ، كَذَا فِي المَبْسُوطِ، وَلا فِي الرَّطْبَةِ جُرَزًا بِضَمِّ الجِيمِ بَعْدَهَا رَاءٌ مَفْتُوحَةٌ وَزَايٌ: وَهِيَ القَبْضَةُ مِنْ القَتِّ وَنَحْوِهِ لِلتَّفَاوُتِ، إلا إذَا عُرِفَ ذَلِكَ بِبَيَانِ طُولِ مَا تُشَدُّ بِهِ الحُزْمَةُ أَنَّهُ شِبْرٌ أَوْ ذِرَاعٌ فَإِنَّهُ يَجُوزُ إذَا كَانَ عَلى وَجْهٍ لا يَتَفَاوَتُ.

قَال (وَلا يَجُوزُ السَّلَمُ حَتَّى يَكُونَ المُسلمُ فِيهِ مَوجُودًا من حِينِ العَقدِ إلى حِينِ المَحِلِ، حَتَّى لو كَانَ مُنقَطِعًا عِندَ العَقدِ مَوجُودًا عِندَ المَحِلِ أَو عَلى العَكسِ أَو مُنقَطِعًا فِيمَا بَينَ ذَلكَ لا يَجُوزُ) وَقَال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ إذَا كَانَ مَوجُودًا وَقتَ المَحِلِ لِوُجُودِ القُدرَةِ عَلى التَّسليمِ حَال وُجُوبِهِ.

وَلنَا قَولُهُ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «لا تُسَلِفُوا فِي الثِّمَارِ حَتَّى يَبدُوَ صَلاحُهَا»[1] وَلأَنَّ القُدرَةَ عَلى التَّسليمِ بِالتَّحصِيل فَلا بُدَّ مِن استِمرَارِ الوُجُودِ فِي مُدَّةِ الأَجَل لِيَتَمَكَّنَ مِن التَّحصِيل.

الشرح:

قَال (وَلا يَجُوزُ السَّلَمُ حَتَّى يَكُونَ المُسْلَمُ فِيهِ مَوْجُودًا) وُجُودُ المُسْلَمِ فِيهِ مِنْ حِينِ العَقْدِ إلى حُلُولِ الأَجَلِ شَرْطُ جَوَازِ السَّلَمِ عِنْدَنَا، وَهَذَا يَنْقَسِمُ إلى سِتَّةِ أَقْسَامٍ: قِسْمَةٌ عَقْلِيَّةٌ حَاصِرَةٌ، وَذَلِكَ؛ لأَنَّهُ إمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا مِنْ حِينِ العَقْدِ إلى المَحَلِ أَوْ لَيْسَ بِمَوْجُودٍ أَصْلا، أَوْ مَوْجُودًا عِنْدَ العَقْدِ دُونَ المَحَلِ أَوْ بِالعَكْسِ، أَوْ مَوْجُودًا فِيمَا

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٦٧)، وابن ماجه (٢٢٨٤).

بَيْنَهُمَا، أَوْ مَعْدُومًا فِيمَا بَيْنَهُمَا. وَالأَوَّلُ جَائِزٌ بِالاتِّفَاقِ، وَالثَّانِي فَاسِدٌ بِالاتِّفَاقِ، وَالثَّالِثُ كَذَلِكَ، وَالرَّابِعُ فَاسِدٌ عِنْدَنَا خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَالخَامِسُ فَاسِدٌ بِالاتِّفَاقِ، وَالسَّادِسُ فَاسِدٌ عِنْدَنَا خِلافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ. لهُ عَلَى الرَّابِعِ وَهُوَ دَلِيلُهُمَا عَلَى السَّادِسِ وُجُودُ القُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ حَالَ وُجُوبِهِ. وَلَنَا قَوْلُهُ: عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ «**لا تُسْلِفُوا فِي الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُهَا**» وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ شَرَطَ لِصِحَّةِ وُجُودِ المُسْلَمِ فِيهِ حَالَ العَقْدِ؛ وَلأَنَّ القُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ إِنَّمَا تَكُونُ بِالتَّحْصِيلِ فَلا بُدَّ مِنْ اسْتِمْرَارِ الوُجُودِ فِي مُدَّةِ الأَجَلِ لِيَتَمَكَّنَ مِنْ التَّحْصِيلِ، وَالمُنْقَطِعُ وَهُوَ مَا لا يُوجَدُ فِي سُوقِهِ الذي يُبَاعُ فِيهِ وَإِنْ وُجِدَ فِي البُيُوتِ غَيْرُ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ بِالاكْتِسَابِ، وَهَذَا حُجَّةٌ عَلَيْهِمَا. وَاعْتُرِضَ بِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عِنْدَ العَقْدِ مَوْجُودًا كَفَى مُؤْنَةَ الحَدِيثِ، وَإِذَا وُجِدَ عِنْدَ المَحَلِ كَانَ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ فَلا مَانِعَ عَنْ الجَوَازِ.

وَأُجِيبَ بِأَنَّ القُدْرَةَ إِنَّمَا تَكُونُ مَوْجُودَةً إِذَا كَانَ العَاقِدُ بَاقِيًا إِلَى ذَلِكَ الوَقْتِ، حَتَّى لَوْ مَاتَ كَانَ وَقْتُ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ عَقِيبَهُ، وَفِي ذَلِكَ شَكٌّ. وَرُدَّ بِأَنَّ الحَيَاةَ ثَابِتَةٌ فَتَبْقَى. وَأُجِيبَ بِأَنَّ عَدَمَ القُدْرَةِ عَلَى ذَلِكَ التَّقْدِيرِ ثَابِتٌ فَيَبْقَى. فَإِنْ قِيلَ: بَقَاءُ الكَمَالِ فِي النِّصَابِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي أَثْنَاءِ الحَوْلِ فَلْيَكُنْ وُجُودُ المُسْلَمِ فِيهِ كَذَلِكَ. أُجِيبَ بِأَنَّ وُجُودَهُ كَالنِّصَابِ وُجُودُهُ لا كَكَمَالِهِ، وَوُجُودُهُ شَرْطٌ فَوُجُودُ المُسْلَمِ فِيهِ كَذَلِكَ.

(وَلو انقَطَعَ بَعدَ المَحِلِ فَرَبُّ السَّلمِ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ فَسَخَ السَّلَمَ، وَإِن شَاءَ انتَظَرَ وُجُودَهُ) لأَنَّ السَّلَمَ قَد صَحَّ وَالعَجزُ الطَّارِئُ عَلى شَرَفِ الزَّوَال فَصَارَ كَإِبَاقِ المَبِيعِ قَبل القَبضِ.

الشرح:

(قَوْلُهُ: وَلَوْ انْقَطَعَ بَعْدَ المَحَلِ) يَعْنِي **أَسْلَمَ فِي مَوْجُودٍ حَالَ العَقْدِ وَالمَحَلِ ثُمَّ انْقَطَعَ** فَالسَّلَمُ صَحِيحٌ عَلَى حَالِهِ، وَرَبُّ السَّلَمِ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ فَسَخَ العَقْدَ وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ وُجُودَهُ (لأَنَّ السَّلَمَ قَدْ صَحَّ وَالعَجْزُ عَنْ التَّسْلِيمِ طَارِئٌ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَصَارَ كَإِبَاقِ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ) فِي بَقَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالعَجْزُ عَنْ التَّسْلِيمِ، فَإِنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي السَّلَمِ هُوَ الدَّيْنُ الثَّابِتُ فِي الذِّمَّةِ وَهُوَ بَاقٍ بِبَقَائِهَا كَالعَبْدِ الآبِقِ. وَفِي قَوْلِهِ وَالعَجْزُ الطَّارِئُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ إِشَارَةٌ إِلَى جَوَابِ زُفَرَ عَنْ قِيَاسِهِ المُتَنَازَعَ فِيهِ عَلَى هَلاكِ

المَبِيعِ فِي العَجْزِ عَنْ التَّسْلِيمِ وَفِي ذَلكَ يَبْطُلُ البَيْعُ فكَذَلكَ هَاهُنَا. وَوَجْهُهُ أَنَّ العَجْزَ عَنْ التَّسْلِيمِ إِذَا كَانَ عَلى شَرَفِ الزَّوَال لا يَكُونُ كَالعَجْزِ بِالهَلاك؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مُمْكِنِ الزَّوَال عَادَةً فَكَانَ القِيَاسُ فَاسِدًا.

فهرس المحتويات